

Estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada

Presentado por:

Carolina Arenas Mercado

Yusaris Mileth Montes Arenas

ID: 1.140863285

55.308.281

Universidad de la costa

Facultad de Ciencias Jurídicas

Programa de Derecho

Barranquilla Atlántico

2016

Estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada

Presentado por:

Carolina Arenas Mercado

Yusaris Mileth Montes Arenas

ID: 1.140863285

55.308.281

Trabajo de Monografía para optar el título de Abogado

Tutor:

Dr. Darwin Eliecer Solano Bent

Universidad de la costa

Facultad de Ciencias Jurídicas

Programa de Derecho

Barranquilla Atlántico

2016

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Barranquilla Atlántico, noviembre de 2016

DEDICATORIA

A Dios por permitirme cumplir un sueño más de mi vida,
A mis padres por haber confiado en mí y brindarme todo su apoyo incondicional para salir adelante,
A la vida por regalarme un segundo papá que ha luchado por cumplir mis sueños,
A mis hermanos por soportar mis rabietas y ser parte de toda esta aventura que es la vida.

Carolina Arenas Mercado

A Dios por hacer este sueño realidad
A mi padre ever montes Narváez porque siempre ha creído ciegamente en mí
A mis hermanas Gleys y Maricela montes arenas que siempre me han acompañado

Yusaris Milseth Montes Arenas

AGRADECIMIENTOS

A ti mamá te debo mucho de lo que soy no tengo palabras para agradecerte lo feliz que me hace poder compartir y vivir esta meta juntas, se lo mucho que has luchado para poder ayudarme alcanzar este logro, las peleas no fueron en vano mamá, levantarte temprano a trabajar para poder cancelar cada semestre tiene su recompensa el día de hoy, te doy mil gracias por ser mi bastón, por guiarme, por saber decir que no cuando quería algo que no era correcto, por secar mis lágrimas y reír conmigo, por amarnos con todo nuestros defectos por ser mi mama gracias.

Señor mercado todo esto no hubiera sido posible, si tú no hubieras llegado a nuestras vidas, cuando los demás decían que haces sembrando en lo ajeno, tu creíste en mí, brindándome tu apoyo, no solo económico, si no el más importante, el que no tiene precio, tu cariño y amor. Convirtiéndote en el padre que me regalo la vida, por quien cada mañana agradezco por haber llegado a nuestras vidas, no soy tu hija biológica pero te considero como mi padre porque el dicho es claro, padre no es el que engendra si no el que cría y tú eres eso, mi papá, gracias por creer en mí y acompañarme en este largo camino.

A mis profesores por regalarme todo su conocimiento y sabiduría, por guiarnos para poder ser unos profesionales, en todo el sentido de la palabra, mil gracias por acompañarnos en este recorrido...

Carolina Arenas Mercado

Infinitas gracias doy a la Universidad de la Costa por hacer este sueño realidad, entraba a mi primer día de clases llena de sueños y expectativas, en esta noche de hoy escribo esta frase para subir, al último peldaño y decir lo logré!

A mi padre ever montes Narváez gracias, por sus sonrisas cada vez que le contaba mis días de clases y mis historias.

Aquellos profesores y sus grandes consejos, los que pasaron de ser maestros a ser buenos amigos. A ustedes profesores gracias por tanto y todo.

Otro sueño que se hace realidad!

SUEÑA A LO GRANDE

Yusaris Mileth Montes Arenas

CONTENIDO

	Pág.
Resumen	
Introducción	
I Capítulo I	12
1. Perspectiva histórica en el proceso de protección de la mujer en estado de embarazo	12
1.1. Concepto de mujer	12
1.1.1. Mujer cabeza de hogar	12
1.1.2. Importancia de la mujer en la sociedad	17
1.1.3. Mujer trabajadora	17
1.2. La mujer en el ámbito laboral	18
1.3. La maternidad en el derecho laboral	24
1.3.1. La familia como base de la sociedad	27
1.3.2. Grupos de familia	27
1.4. La influencia del ordenamiento internacional en la legislación Colombiana con relación a la protección de la mujer en estado de embarazo	28
1.5. Los derechos fundamentales del trabajo y la maternidad	38
II Capítulo II	48
2. Estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada	48
2.1. Garantías en el sistema colombiano	50
2.2. Principio de la estabilidad laboral	52
2.3. Efectos de la estabilidad laboral reforzada	62
III Capítulo III	64
3.1. Línea jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada	64
3.2. Sentencia hito SU – 070 de 2013	71
3.2.1. Fuero de maternidad	72
3.2.1.1. Permiso del inspector de trabajo para despedir a mujer embarazada o en periodo de lactancia	72
3.2.1.2. Protección laboral reforzada de mujer embarazada y en periodo de lactancia: Jurisprudencia constitucional.	73
3.2.2. Diferentes formas por las cuales el empleador puede llegar a conocer del embarazo de una trabajadora	73
3.2.3. Derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada	74
3.2.3.1. Mujer embarazada en contrato a término indefinido -Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada	75
3.2.3.2. Mujer embarazada en contrato a término fijo -Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada	76
3.2.3.3. Mujer embarazada en contrato de obra o labor -Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada.	78
3.2.3.4. Mujer embarazada en cooperativa de trabajo asociado	79
3.2.3.5. Mujer embarazada en empresa de servicios temporales	79
3.2.3.6. Mujer embarazada en contrato de prestación de servicios	80
3.2.3.7. Mujer embarazada en provisionalidad que ocupa cargo de carrera-Reglas de aplicación	82

	3.2.3.8. Mujer embarazada en cargo de libre nombramiento y remoción -Reglas de aplicación	82
	3.2.3.9. Mujer embarazada en carrera administrativa de entidad en liquidación- Supuestos y reglas de aplicación.	83
	3.3. Análisis Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	84
	3.3.1. Antecedente frente al término como forma de culminación	84
	3.3.1.1. Reiteración. En cuanto al vencimiento como forma de terminación válida	85
	3.3.1.2. Reiteración. Vencimiento de contrato en el sector público	86
	3.3.1.3. Reiteración. Fuero de maternidad	88
	3.3.1.4. Reiteración. Prevalencia del acuerdo de voluntades	89
IV	4. Conclusiones	91
V	5. Bibliografía	96

RESUMEN

El presente trabajo aborda el problema jurídico de profunda resonancia social, el cual hace referencia a la garantía de los derechos laborales de la mujer trabajadora en estado de gestación, durante el parto o después de él, así como en el período de lactancia, los que están siendo vulnerados por muchos empleadores, violando con ello, los diferentes tratados dictados por la organización internacional del trabajo, así como también por las disposiciones específicas que establece la Constitución Política de Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo, entre otros. La jurisprudencia ha desarrollado un principio superior a la estabilidad laboral, principio que se ha denominado estabilidad laboral reforzada, con el cual se busca garantizar la estabilidad del trabajador y en específico de la mujer en estado de embarazo, según éste, para despedir estos empleados no es suficiente con la existencia de las justas causa contempladas por la ley laboral.

Por otro lado, se analiza lo expresado por la Corte Constitucional, a raíz de la importancia del tema del fuero de maternidad, la diversidad de criterios jurisprudenciales existentes y la gran cantidad de pronunciamientos no sistemáticos que se habían producido en la misma Corte, profiriendo la sentencia de unificación SU-070 de 2013, la cual se constituyó en un inmenso esfuerzo por recoger y sistematizar las posturas que respecto del tema se habían adoptado en el Tribunal Constitucional y dejar claras, desde un criterio unificado, las reglas aplicables en cuanto a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia.

INTRODUCCIÓN

El trabajo es una de las actividades humanas de primordial importancia para la realización personal, así como para la procura de la satisfacción de las necesidades materiales del trabajador y de su familia, por ello, esta actividad es plenamente garantizada como un derecho humano, constitucional y civil de la persona, procurando brindarle las mejores condiciones a fin de que la relación obrero-patronal se desarrolle en términos de absoluta armonía y productividad, de manera que las dos partes resulten beneficiadas y con sus derechos inmanentes.

Es necesario hacer notar la importancia que tiene el presente trabajo desde el punto de vista socio-jurídico, ya que a diario son vulnerados los derechos de las mujeres trabajadoras, el caso que amerita el presente análisis y estudio es, del incumplimiento de los derechos laborales de la mujer embarazada en la empresa privada. Es obligación del Estado respaldar la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades garantizándoles idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Velar especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia.

En consecuencia, la protección por la maternidad se ha convertido al pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo OIT, que incita a los países miembros, para fomentar dicha protección estableciendo mayores niveles de beneficios y

garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la presencia del menor, como nuevo integrante a la familia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, consagra los principios mínimos fundamentales que otorga la ley, entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Tal protección a la mujer, se ha interpretado de diversas formas, pero siempre buscando de no permitir la discriminación ni el tratamiento injustificado de la mujer, principalmente cuando se encuentra en estado de embarazo.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es claro en materia de garantías a la estabilidad en el empleo. En este sentido, si bien, de acuerdo a la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho Constitucional a una estabilidad laboral reforzada para las mujeres embarazadas.

Actualmente, la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, es usada por las trabajadoras como un instrumento jurídico para mantener su empleo, valiéndose de la protección, que por mandato jurisprudencial Constitucional, está establecida. Se genera un acercamiento jurídico a lo que por decisiones jurisprudenciales se le ha llamado estabilidad laboral reforzada que se encuentra en la Ley, determinando claramente cuáles son los titulares del derecho de dicha protección y las causales por la cual pueden llegar a ser cobijados por este mecanismo.

Con base en la inquietud anotada se opta por desarrollar esta monografía de grado para optar el título de Abogado sobre el tema: “ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EMBARAZADA”. Los contenidos teóricos y de campo que implica el presente estudio se encuentran organizados de la siguiente forma:

En el primer apartado de la revisión de literatura, se estudia lo que respecta a la mujer en el ámbito laboral, La maternidad en el derecho laboral, La influencia del ordenamiento internacional en la legislación Colombiana con relación a la protección de la mujer en estado de embarazo y los derechos fundamentales del trabajo y la maternidad. Luego se analiza en forma pormenorizada lo concerniente a la protección de la mujer embarazada a través de la estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada, garantías en el sistema jurídico colombiano, principios de la estabilidad laboral y efectos de la estabilidad laboral reforzada.

Este estudio se complementa con la realización de consideraciones jurisprudenciales de la corte constitucional y la corte suprema de justicia sobre la protección reforzada de la mujer en estado de embarazo, realizando un comparativo entre las posturas de la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema de la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo, también conocida como “fuero de maternidad”, haciendo énfasis en la protección de tal fuero frente las diversas formas de contratación.

Finalmente se procede a la presentación de las conclusiones que se constituyen en el producto depurado del presente trabajo, en cuanto proteger con la mayor efectividad posible los derechos de la mujer en estado de gestación y en el período postparto y de lactancia.

CAPÍTULO I

1. Perspectiva histórica en el proceso de protección de la mujer en estado de embarazo.

1.1. Concepto de mujer

Se entiende por mujer a todo ser humano de sexo femenino, en oposición a aquellos de sexo masculino clasificados bajo el término hombre. Dentro de la categoría "mujer" pueden contarse las de niña, adolescente y adulta. A su vez, con frecuencia se utiliza el término "hombre" para referirse a la humanidad en general o al individuo en sociedad, de forma que también se comprende a la mujer en dicha consideración. Desde el punto de vista biológico, una mujer es aquel ser humano que, producto de la fertilización del óvulo por parte de la célula espermatozoide, porta los cromosomas xx.

1.1.1. Mujer cabeza de hogar

Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

En este sentido, para la protección de algunos derechos laborales de la mujer trabajadora, resulta de capital importancia tener claridad respecto al concepto de mujer cabeza de hogar, puesto que en especial la corte constitucional considera que a este grupo de la sociedad le merece especial protección en algunos de sus derechos, no solo los suyos propios sino los de sus hijos y familiares cercanos que dependan de ella.

A continuación transcribimos lo que precisamente la corte constitucional dijo en reciente sentencia (T-247 de 2012), respecto a lo que se debe entender como mujer cabeza de familia: ... Como se indicó, uno de los roles que culturalmente se impuso a la mujer fue el de ‘encargada del hogar’ como una consecuencia del ser ‘madre’, de tal suerte que era educada y formada para desempeñar las tareas del hogar, encargarse de los hijos y velar por aquellas personas dependientes, como los ancianos. Sin desconocer la importancia que juega toda mujer, al igual que todo hombre, dentro de su hogar, el constituyente de 1991 quiso equilibrar las cargas al interior de la familia, tanto en las relaciones de poder intrafamiliar, como en cuanto a los deberes y las obligaciones de las que cada uno es titular.

Suponer que el hecho de la ‘maternidad’ implica que la mujer debe desempeñar ciertas funciones en la familia, ha llevado, por ejemplo, a que tengan que soportar dobles jornadas laborales: una durante el día como cualquier otro trabajador y otra en la noche y en sus ratos libres, desempeñando las labores propias de la vida doméstica. Esta imagen cultural respecto a cuál es el papel que debe desempeñar la mujer dentro de la familia y a cuál ‘no’ es el papel del hombre respecto de los hijos, sumada al incremento de separaciones, así como al número creciente de familias sin padre por cuenta del conflicto armado y la violencia generalizada, trajo

como consecuencia que una cantidad considerable de grupos familiares tuvieran una mujer como cabeza del mismo.

El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha precisado sobre esa protección especial, que no toda mujer, por el hecho de serlo, ostenta la calidad de madre cabeza de familia, pues para tener tal condición es necesario “(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

De igual forma, la Corte, en sentencia T-1211 de 2008, aclaró que: “el desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que esta pueda resultar, no significa que una madre adquiera la condición de cabeza de familia, toda vez que para ello es indispensable el total abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; es decir, debe existir un incumplimiento absoluto y permanente de las obligaciones inherentes a esta condición. Todo ello sin olvidar que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. En ese orden de ideas, debido a la existencia de otras formas de colaboración en el hogar, la carencia de un ingreso económico fijo de una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia”.

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica, sino de las circunstancias materiales que la configuran. De esa forma señaló en la sentencia que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Dijo entonces: “ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, la familia puede constituirse o en virtud del matrimonio ‘o por la voluntad responsable de conformarla’ por la decisión libre de un hombre y una mujer, es decir ‘por vínculos naturales o jurídicos’, razón esta por la cual resulta por completo indiferente para que se considere a una mujer como ‘cabeza de familia’ su estado civil, pues, lo esencial, de acuerdo con la definición que sobre el particular adoptó el legislador en la norma acusada, es que ella ‘tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar,

ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar’, lo que significa que será tal, no sólo la mujer soltera o casada, sino también aquella ligada en unión libre con un compañero permanente.”

Aclaró igualmente esta Corporación, en sentencia T-1211 de 2008, que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto. Igualmente señaló que: “las acciones afirmativas genéricas autorizadas para las mujeres en el artículo 13 de la Constitución se diferencian de la ‘especial protección’ que el Estado debe brindar a las madres cabeza de familia, cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular”.

En consecuencia, las mujeres que tienen bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de hijos menores propios o ajenos y de otras personas incapacitadas para trabajar y, que dependan de ella, tanto afectiva como económicamente, gozan de especial protección constitucional.

1.1.2. Importancia de la mujer en la sociedad.

El papel que desempeña la mujer es uno de los más valorativos que se adentra en un enfoque necesario para la sociedad, en los años 1970 unas feministas parisinas llegaron en procesión ante el arco del triunfo para ofrecer una ofrenda floral “a la mujer del soldado desconocido”, a partir de entonces se comienza a tomar conciencia sobre los logros del hombre pero también de su compañera (Stuart mill, 1946). Al inicio de varias épocas las mujeres fueron llamadas como las “grandes olvidadas” puesto que el papel impartido en la sociedad no ha sido mencionado mayoritariamente tal como el del hombre si no que le dan una importancia menor al de este, pero tomemos en cuenta que la mujer es parte fundamental en las vidas de cada ser humano y forman parte elemental de la historia y los hombres son contribuyentes a esto sino como otra mitad (travera, 1995)

1.1.3. Mujer trabajadora

El trabajo fuera del hogar ha sido, en el último siglo, la gran conquista de la mujer. En dos generaciones ha cambiado, tras muchos años de historia, el mapa vital de nuestras abuelas. El Día de la Mujer Trabajadora, que celebramos cada 8 de marzo en memoria de 140 mujeres que murieron abrasadas en un taller de Nueva York, conmemora una fecha emblemática. Las mujeres siempre han trabajado, ya sea educando a sus hijos, cuidando de su familia u organizando el hogar. Desde hace tiempo, además, han salido de casa, ganando en independencia y libertad, y reparten sus energías en actividades remuneradas fuera del ámbito doméstico. El trabajo es

saludable para la mujer igual que lo es para el hombre y representa la conquista de esa autonomía personal, que entre otras cosas otorga la independencia económica.

1.2. La mujer en el ámbito laboral

A lo largo de su vida laboral, las mujeres siguen experimentando grandes dificultades para acceder a empleos decentes. Sólo se han logrado mejoras mínimas desde la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, por lo que existen grandes brechas que deben colmarse en la puesta en práctica de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por las Naciones Unidas en 2015. La desigualdad entre mujeres y hombres persiste en los mercados laborales mundiales, en lo que respecta a las oportunidades, al trato y a los resultados. En los dos últimos decenios, los notables progresos realizados por las mujeres en cuanto a los logros educativos no se han traducido en una mejora comparable de su posición en el trabajo.

En muchas regiones del mundo, en comparación con los hombres, las mujeres tienen más probabilidades de encontrarse y permanecer en situación de desempleo, tienen menos oportunidades de participar en la fuerza de trabajo y, cuando lo hacen, suelen verse obligadas a aceptar empleos de peor calidad. Los progresos realizados para superar estos obstáculos han sido lentos, y se limitan a algunas regiones del mundo. Incluso en muchos de los países en los que la disparidad en la participación de la fuerza de trabajo y el desempleo se ha reducido, y en los que las mujeres están dejando de lado el trabajo familiar auxiliar para centrarse en el sector de los ser-vicios, la calidad de los empleos de las mujeres sigue suscitando preocupación. El reparto

desigual de las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas entre las mujeres y los hombres, y entre las familias y la sociedad, es un determinante importante de las desigualdades de género en el trabajo.

En la historia reciente de los países de América latina los roles de las mujeres han variado inmensamente. Las funciones sociales tradicionales de las mujeres y en su gran mayoría, consistía en las tareas domésticas, reflejada en el cuidado de sus hijos y no solían acceder a un puesto de trabajo, que implicara remuneración, lo que posteriormente se constituyera en un objetivo porque las necesidades económicas los obligó durante largo tiempo a buscar una alternativa laboral fuera del contexto del hogar. Aunque desde sus inicios las condiciones en la que se empleaban a las mujeres, eran inferiores en prestigio y salario que aquellos que realizaban los hombres.

En la actualidad, debido a los constantes transformaciones y luchas que han realizados las mujeres en aras de reclamación y reconocimiento de sus derechos, hoy en gran parte de las sociedades éstas tienen acceso a muchos más espacios en el ámbito profesional y laboral, más allá de las labores como ama de casa. Es así como después de esas luchas, la mujer ha logrado una definitiva incursión en el ámbito público, haciendo sentir su presencia en múltiples entornos sociales, tales como la política, las finanzas, las empresas, el poder judicial, legislativos, ejecutivo, como fuerza laboral esencial para la economía del país, bien sea en el área formal o informal.

Es importante considerar las percepciones que presentan las organizaciones feminista con relación a la participación de la mujer en el campo laboral; en este sentido, Lamas (2008, P.84) realiza un análisis sobre el género y lo concibe como el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos, para simbolizar y construir socialmente lo que es propio de los hombres y lo que es propios de las mujeres. Al respecto considerar la vinculación de la mujer al contexto económico, es indispensable la promoción de su integración al sistema económico, pero que este no esté intervenido por las relaciones de género que en cierta medida, dificulta su actuación productiva y reproductiva lo mismo que el acceso a los recursos.

Con base en lo expresado anteriormente, es conveniente resaltar; que la IV conferencia mundial sobre la mujer celebrada en Beijing (1995), adoptó el concepto de genero declarando que el género se refiere a los papeles sociales contruidos para la mujer y el hombre cimentados con base a su sexo dependiendo de un particular contexto cultural, político y socioeconómico. Con base a lo expresado, es fundamental, observar a la mujer como un ser humano, que posee necesidades y tiene la connotación de conceder vida, ser esposa, hija, y más aún posee la opción de tomar decisiones sobre su ser y su hacer; marcando así sus libertades en su desarrollo profesional y personal.

En Colombia, como en gran parte de las sociedades, la inserción de las mujeres al mundo laboral fue a través del servicio doméstico, cuidadoras de niños, ancianos, costureras, enfermeras, docentes, secretarias, entre otras; estas tareas guardan relación con las inherentes a

las del rol reproductivo (Napoli, 2010, p. 8), lo cual permitió ampliar de alguna forma la brecha en el ámbito laboral de los hombres con respecto a la mujer.

Se puede considerar que un factor predominante, en el proceso de autonomía de la mujer, se generó por la participación decidida mediante el proceso educativo, en el que adquiriera la preparación y conocimiento para liberarse de la dependencia establecida desde época ancestral, comprende el papel constituido de la sociedad machista y el que le establece en algunos casos los preceptos del credo religioso, en donde la mujer debe ser sumisa, obediente y sujeta a su esposo. En consecuencia, pasaron décadas con el que de alguna manera, se establece un cambio en el rol de la mujer dentro de la sociedad, pasando de ser un actor pasivo y sin voz, a la de cumplir una labor indispensable en los diferentes contextos de ésta.

Aunque la Constitución Nacional en sus artículos 13 y 43 presenta de manera expresa la igualdad de género, este planteamiento no se ajusta con la realidad que viven las mujeres, por las contradicciones constantes en el campo laboral en la que es importante la implementación de cambios sociales, enfatizado en primer lugar en la dimensión cultural de la opresión de la mujer y en segundo lugar, la necesidad de aceptar el papel protagónico de la mujer en la sociedad.

Por otro lado, en los países tanto de altos ingresos como de bajos ingresos, las mujeres siguen trabajando menos horas en un empleo remunerado, mientras que asumen la gran mayoría de las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas. En promedio, en los países en los que existen datos pertinentes disponibles, las mujeres se encargan al menos dos veces y media más de estas labores que los hombres. Aunque esta desigualdad de género sigue siendo

importante, ha disminuido con el tiempo, fundamentalmente porque se ha reducido en cierta medida el tiempo que dedican las mujeres a las tareas domésticas, mientras que apenas ha disminuido el tiempo que consagran al cuidado de sus hijos.

Sin embargo, las mujeres continúan trabajando jornadas más largas que los hombres cuando se toma en consideración tanto el trabajo remunerado como no remunerado. En particular, las mujeres empleadas (ya sea como trabajadoras autónomas o como trabajadoras asalariadas o a sueldo), tienen unas jornadas de trabajo más largas en promedio que los hombres empleados; concretamente, la brecha de género es de 73 minutos y de 33 minutos por día en los países en desarrollo y desarrollados, respectivamente. Aun cuando las mujeres están empleadas, siguen asumiendo la mayor parte de las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas, lo cual limita su capacidad para aumentar sus horas en un empleo remunerado, formal y asalariado.

En conclusión, a diferencia de otras ramas del derecho, como el Derecho Civil o el Derecho Comercial donde se protege la autonomía de la voluntad de las partes y se privilegia la libertad de contratación, en el Derecho del Trabajo se reconoce la necesidad de brindar protección social a quienes se hallan en una relación de trabajo subordinada o en una situación que se reconoce desventajosa respecto de la posición económica –y jurídica– de la contraparte. En este sentido, el Derecho Laboral no parte de la premisa de igualdad entre los co-contratantes sino, por el contrario, la igualdad sustancial constituye su meta o aspiración y, por ello, brinda protección especial a la parte que se considera débil en el marco de la relación laboral.

Sin embargo, los principios rectores del Derecho Laboral (centralidad de la persona humana y consideración del trabajo como derecho humano, la aplicación del principio protector como nivelador de las desigualdades en la libertad de contratación entre personas con desigual poder y situación económica), fueron concebidos para brindar protección a personas individuales sin considerar otras responsabilidades de cuidado que los trabajadores y trabajadoras pudieran tener hacia terceras personas, como los miembros de su familia.

En su origen, las normas que regularon el trabajo de mujeres tuvieron un importante sesgo Protectivo, amparándose en una representación de vulnerabilidad de las mujeres. Así, la intención de ampararlas de las deficientes condiciones de trabajo existentes, y gracias a este sesgo surgieron disposiciones relativas al descanso semanal y a la mejora en las condiciones de salubridad, entre otras. Posteriormente, la mejora de las condiciones de trabajo en términos generales, sin distinción de sexo, hizo desaparecer las protecciones especiales conquistadas inicialmente en forma exclusiva para las mujeres, garantizándose éstas como derechos de los trabajadores de ambos sexos.

Cabe destacar que la evolución de la normativa laboral se cruza necesariamente con una variable económica; a medida que avanzan los procesos de industrialización y aumenta la demanda de mano de obra femenina en el proceso productivo, se va intensificando el proceso de eliminación de trabas legales para la incorporación de las mujeres. Esta evolución se concretó en Europa luego de las dos guerras mundiales y en América Latina coincidió con los procesos de industrialización por sustitución de importaciones, especialmente en los países del cono sur. Sin embargo, la concepción del trabajador en términos neutrales con respecto a su sexo no ayudó a

las mujeres a superar su condición de desventaja en el mundo del trabajo, fundamentalmente porque ninguna transformación se había producido en la esfera de su vida privada.

1.3. La maternidad en el derecho laboral

La protección de la maternidad resulta esencial para la salud y bienestar de las mujeres trabajadoras y de sus hijos. Es necesario garantizar el acceso de la mujer a un trabajo decente y a la igualdad de género, para permitirles combinar satisfactoriamente sus funciones procreadora y productiva e impedir el trato desigual en el empleo a causa de su función reproductiva. La protección de la maternidad para las mujeres trabajadoras ha constituido una preocupación central de la OIT desde su fundación en 1919, cuando los gobiernos, los empleadores y los sindicatos de los Estados Miembros adoptaron el primer convenio sobre la protección de la maternidad.

Durante el curso de su historia, la OIT ha adoptado tres convenios sobre este tema: el Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3), el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). Estos convenios, junto con la correspondiente recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95), y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191), han extendido con el tiempo el alcance y los derechos de la protección de la maternidad en el trabajo y han proporcionado una guía detallada para orientar la acción y las políticas nacionales.

La protección por la maternidad se ha convertido con el pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo de la OIT, que vienen proponiendo continuamente a sus países miembros para fomentar dicha protección, mejorando los niveles de protección y garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la inserción del menor, como nuevo integrante de la familia.

En el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra los principios mínimos fundamentales que establece la ley, entre las cuales se encuentra la protección de la mujer y a la maternidad. Dicha protección, ha tenido diferentes interpretaciones, pero siempre buscando la generación de la vulneración y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de embarazo.

La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en el ordenamiento constitucional dentro del territorio colombiano. Así, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos para lo cual se introduce una cláusula específica de igualdad y se agrega a la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del estado, recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. Esto significa que el especial cuidado que la constitución ordena en favor de la mujer embarazada es en primer lugar, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, debido a que el hecho que la maternidad se había constituido en el pasado, en fuentes de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo que la constitución de 1991 estableció que esta condición natural y especial de las mujeres, que por

siglos las colocó en una situación de inferioridad se constituye ahora en un motivo para enaltecerla.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía para la estabilidad en el empleo. En este sentido, conforme a la constitución política, todos los trabajadores tienen derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad reforzada.

Desde hace mucho tiempo la legislación colombiana ha venido pidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no sólo desde el punto de vista desde las prestaciones asistenciales, como los servicios hospitalarios, farmacéuticos, antes y después del parto, sino con normas alusivas al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos de protección que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales suscritos y aceptados por el gobierno colombiano.

De acuerdo a informes de la OIT, desde la adopción en 1952 del convenio número 103 sobre protección de la maternidad manifiesta, los estados miembros han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las mujeres trabajadoras. Sin embargo todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras. Aunque la mayoría de los países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley

y la realidad sigue siendo enorme; los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas.

Aunque se han generalizado las prestaciones los avances logrados no han podido resolver hasta el momento la situación problemática fundamental que afronta la mayoría de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora. Además, en muchos de los países, entre los que está Colombia, los ingresos de las mujeres son esencialmente para la supervivencia de la familia.

1.3.1. La familia como base de la sociedad

La familia es la célula básica de la sociedad y en consecuencia es la primera organización social. Ella contribuye a que la sociedad perdure en el tiempo y en el espacio, a la formación de valores, a consolidar su identidad cultural y reforzar su equilibrio psicológico. La familia actual, la familia nuclear, es el centro de cultivo donde se inculcan generación tras generación las pautas y normas de una sociedad con el fin de perpetuarse. es la representación misma de la sociedad: la separación de poderes, deberes y obligaciones entre sus miembros, el respeto y obediencia a la autoridad.

1.3.1.1. Grupos de familia

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En muchos países occidentales, el concepto de la familia y su composición ha cambiado considerablemente en los últimos años, sobre todo, por los avances de los derechos humanos y de los homosexuales. Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio que, en algunas sociedades, sólo permite la unión entre dos personas mientras que en otras es posible la poligamia, y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros.

1.4. La influencia del ordenamiento internacional en la legislación Colombiana con relación a la protección de la mujer en estado de embarazo.

Las legislaciones internacionales que rezan sobre la protección a la mujer en embarazo, han generado una gran influencia en la normatividad del estado Colombiano en esta materia. Es así como Ortiz, I. (2009), expresa que, la fuerza normativa de la Constitución hace necesario que el intérprete examine si existe algún tratado internacional ratificado por Colombia que defina estándares de protección con el fin de establecer preferencia por el respeto a los derechos fundamentales. Para el caso de la protección a la madre gestante y/o en estado puerperal, existen estándares de protección que garantizan, la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada, el deber de garantía para la cancelación de la licencia y demás prestaciones debidas por tal condición.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, señala que los derechos consignados en esta Carta, deben ser interpretados conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Es por esto que los diversos pronunciamientos de entes internacionales han sido la base de la legislación interna en torno a la protección a la maternidad en sus distintos alcances. La Constitución Política, vislumbra lo anterior, toda vez que enmarcó una acción positiva del Estado tendiente a garantizar la protección a la embarazada, de la siguiente manera:

Artículo 43 de la Constitución: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Lo anterior representa la creación y garantía de un amparo enfocado no sólo a preservar la condición biológica singular sino la vida y los derechos de quien está por nacer. La protección del embarazo cobra especial realidad y efectividad y, necesariamente, por los derechos fundamentales en custodia, implica una estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de gravidez, que a su vez conlleva “la prohibición de ser despedida por razón del mismo”, al ser un criterio discriminatorio que atenta contra el artículo 13 de la Carta y deviene en afectación de los derechos de quien está por nacer, y de la familia consagrados en el artículo 42.

Ya la Ley 90 de 1946 en su artículo 39, consagraba que en caso de maternidad, el seguro de enfermedad - maternidad otorgará las siguientes prestaciones:

- a. La asegurada tendrá derecho a la indispensable asistencia obstétrica y a un subsidio diario equivalente a su salario de base, durante las cuatro (4) semanas que preceden al parto y las cuatro (4) que le sigan a condición de que no efectúe ningún trabajo remunerado durante este período.
 - b. Si en el curso del embarazo de la asegurada se presentare un aborto, o un parto prematuro no viable, el subsidio de que habla el aparte a) se reducirá al necesario periodo de quietud posterior al aborto o parto prematuro, sin pasar de cuatro (4) semanas,
 - c. El varón asegurado tendrá derecho a que se preste a su mujer la indispensable asistencia obstétrica, y
 - d. El hijo del asegurado tendrá derecho a un auxilio de lactancia, en especie o en dinero, hasta por seis (6) meses, en caso de que la madre esté imposibilitada para alimentarlo debidamente.
- Ordinal derogado por el artículo 67 del Decreto 433 de 1971.

En esta Ley, que es de las primeras en la materia de protección a la maternidad en el ordenamiento interno de nuestro país, se puede establecer algunos postulados del Convenio 03 de 1919 como son las prestaciones médicas y en dinero, aunque no de manera totalmente exacta como se dispone en el Convenio ya que solo se establecen unas pocas prestaciones; instaura la asistencia obstétrica pero no se estipula si cubre el embarazo, el parto y post-parto, además de un subsidio durante las cuatro semanas posteriores al parto; así mismo no consagra ninguna protección o prohibición de despedir a la mujer en embarazo o en el periodo de licencia o de lactancia.

Posteriormente el Decreto 721 de 1949 en su artículo 29, establece que: “En caso de maternidad se otorgará a la asegurada la indispensable asistencia obstétrica durante los períodos

del embarazo, del parto y del puerperio, siempre que haya cumplido el requisito de cotizaciones previas establecido en el artículo 14”. La asegurada tendrá derecho, además, a un subsidio diario equivalente a su salario de base durante las cuatro (4) semanas inmediatamente anteriores al parto y las cuatro (4) que sigan siempre que haya cubierto doce (12) cotizaciones semanales en los nueve meses anteriores a la fecha de iniciación del reposo prenatal señalada por el Departamento Médico.

Cuando sobrevengan partos prematuros con criaturas viables debidamente calificados por el Departamento Médico, la asegurada tendrá derecho a los subsidios en los casos dispuestos en el artículo 31, aun cuando no haya cotizado la totalidad de las doce (12) semanas fijadas en este artículo. El varón asegurado que reúna el requisito de cotizaciones previas reglamentariamente establecidas tendrá derecho a que se preste a su esposa la indispensable asistencia obstétrica. En carencia de la esposa dicha asistencia se prestará a la compañera del asegurado, siempre que éste y la beneficiaria reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23, excepto el de haber tenido hijos.

Esta normatividad se ajustó un poco más a los postulados y principios del Convenio 03 aunque aún presentaba varias discrepancias: se otorga las prestaciones médicas y se definen los periodos de embarazo-parto y de puerperio, pero se condiciona al cumplimiento de unos requisitos, lo cual no se solicita en el Convenio 03 además se establecen solo 4 semanas antes del parto y solo 4 semanas después del parto.

El Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, ya mostraba visos de lo que sería solicitado por los postulados internacionales, consagra y desarrolla la protección a la maternidad en el título VIII capítulo V. Los postulados y artículos más relevantes e importantes son los que a continuación se expresan: El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, establece una licencia de maternidad remunerada de 12 semanas, por la totalidad del último salario devengado anterior al disfrute de la licencia o el promedio, si el salario es variable; igualmente estipula la presentación de un certificado médico que señale la especificación del estado de embarazo, la indicación del día probable del parto y del día en cual debe iniciar la licencia, además, agrega que estas disposiciones se hacen extensibles a la adoptante de un menor de edad.

En este artículo se puede percibir la esencia e influencia del artículo 03 del Convenio 103 de la OIT de 1952, debido a que su redacción es prácticamente igual a los postulados consagrados en este Convenio y especial en este artículo, como por ejemplo, las doce semanas de licencia remunerada, la presentación del certificado médico para la solicitud de la prestación, entre otras.

Por otra, parte es importante resaltar de este artículo, el avance en materia de protección a la maternidad, pues en su numeral 4° hace extensibles las prestaciones otorgadas a la mujer en estado de gravidez a la adoptante. De la misma manera, el artículo 237 establece un descanso remunerado en caso de aborto, norma en la cual se refleja un progreso significativo al otorgar esta licencia a la mujer en gestación que ha sufrido una situación anormal en el desarrollo del embarazo que le produce un aborto, circunstancia que la mayoría de las veces produce en las

mujeres trastornos psicológicos conocidos como el “Síndrome post-aborto”, siendo un acierto del legislador establecer esta licencia para que la mujer pueda superar esta contingencia. Esta licencia o descanso de maternidad por causa de aborto está establecido en la Recomendación Número 95 de 1952 de la OIT.

El artículo 238 del mismo Código, establece un descanso remunerado durante la lactancia en los primeros seis meses de edad, dividido en dos descansos de 30 minutos durante la jornada laboral, sin restricción de conceder más permisos si se justifica la causa a través de un certificado médico, también el deber de establecer una sala de lactancia o un lugar apropiado para ubicar al niño. De la misma manera que en el artículo antepuesto, se vislumbra una notable influencia del Convenio 03 y 103 de la OIT en la composición de este artículo, al estipular el descanso por lactancia, desarrollado de manera inicial, en el literal d) del artículo 3° del Convenio 03 de 1919 y en los numerales 1° y 2° del Convenio 103 de 1952. Por otra parte, el cumplimiento de la creación de salas de lactancia en las empresas colombianas, no ha tenido el desarrollo que ha presentado en otros países.

Por su parte, el artículo 239 del C.S.T consagra la prohibición de despedir a las trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia, además establece la presunción del despido, cuando este se produzca dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores, de esta forma, estipula el deber de solicitar el permiso a la autoridad competente para realizar el despido de una trabajadora en estado de gravidez, y consagra las sanciones por despedir a la trabajadora sin permiso, los cuales se desarrollan en el artículo 240 que regula el permiso para poder despedir, en el 241 la nulidad del despido y en el 243 el incumplimiento. Este postulado

que reglamenta la prohibición o ilegalidad de despedir a la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia, está consagrado desde la creación del Convenio 03 de 1919 en su artículo 4° y posteriormente en el artículo 6° del Convenio 103 de 1952.

Se puede concluir que estas normas del título VIII del Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, están influenciadas por los Convenios 03 de 1919 y 103 de 1952 de la OIT, ya que estos fueron creados hace 97 y 64 años respectivamente, además en estos dos Convenios están condensados los principios de la protección a la maternidad que son la base del desarrollo de la legislación sobre el tema en muchos países.

La Ley 100 de 1993, va más allá en relación a la licencia de maternidad. En efecto, en su artículo 207, establece que para los afiliados al régimen contributivo, el Sistema reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de la Subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitación, UPC.

Igualmente, señala que la Licencia de Maternidad es el reconocimiento de tipo económico que hace el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la progenitora del recién nacido, a la madre adoptante del menor de siete (7) años o al padre adoptante cuando éste carezca de cónyuge o compañera permanente, siempre que sean cotizantes no pensionados. El valor a pagar mensualmente, equivale al ciento por ciento (100%) del salario que devengue al momento de entrar a disfrutar del descanso o de la licencia, por los días de licencia; en el caso de salarios

variables, se procederá de igual forma que para las incapacidades por enfermedad general. El pago lo hará directamente el patrono a los afiliados cotizantes que disfrutan de la licencia, con la misma periodicidad de su nómina y por la parte causada; los valores así reconocidos se descontarán a más tardar en las dos siguientes liquidaciones del pago de cotizaciones a la EPS donde esté afiliado el cotizante.

Ahora bien, establece que el reconocimiento y pago de la prestación económica por licencia de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud, estará sujeta al cumplimiento ciertas condiciones. El numeral 2° del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, indica respecto al acceso a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, lo siguiente:

Licencias por Maternidad: para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando existe relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo número 414 de 2009, en el cual se establecen unas medidas para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud relacionadas con las licencias de maternidad, cuyo artículo 4° en cumplimiento de la Sentencia de la Corte Constitucional T-1223 de 2008, regula el pago proporcional de la licencia de maternidad para la mujer cotizante con ingreso igual o inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, así:

"...Artículo 4°. Liquidación de la licencia de maternidad para la mujer cotizante con ingreso igual o inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. La licencia de maternidad para las mujeres cotizantes independientes con ingreso igual o inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, se liquidará por la EPS o EOC proporcionalmente a los días cotizados que correspondan al período real de gestación de cada trabajadora, teniendo en cuenta que el máximo de días a reconocer es de ochenta y cuatro (84). Cuando los días cotizados sean inferiores a los días del período real de gestación, el número de días a reconocer será el porcentaje que resulta de dividir el número de días cotizados sobre el número de días reales de gestación. En el evento en que el período real de gestión sea inferior a doscientos setenta (270) días y siempre y cuando este periodo corresponda con los días cotizados, la EPS o EOC reconocerá el máximo de licencia, o en forma proporcional cuando el tiempo de cotización sea menor al tiempo de gestación; con excepción de los partos no viables que se sujetarán en el reconocimiento de la licencia, a lo definido en las normas vigentes sobre la materia.

De igual modo, el Artículo 2° del mentado Acuerdo establece:

Reconocimiento de la licencia de maternidad cuando existen pagos extemporáneos de la cotización. Sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud por el incumplimiento en las obligaciones de los aportantes con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los casos en que durante el periodo real de gestación de cada trabajadora, el empleador o cotizante independiente no haya realizado el pago de las cotizaciones oportunamente, generándose con ello mora, la EPS o EOC efectuará el reconocimiento de la prestación económica de acuerdo con las normas vigentes, siempre y cuando se haya cumplido durante el periodo de la gestación con el pago de la totalidad de las cotizaciones adeudadas, con los respectivos intereses de mora.

Si el empleador o la cotizante independiente se encuentran en mora en el pago de las cotizaciones en la fecha en que la madre cotizante da a luz, la EPS o EOC reconocerá la licencia de maternidad, siempre y cuando la mora sea de máximo un periodo de cotización y se haya dado el pago de la cotización en mora con los respectivos intereses, antes de su reconocimiento. La normatividad contenida en el Acuerdo 414 de 2009, establece unos requisitos para acceder a la licencia de maternidad, los cuales al no ser cumplidos, generan ciertas sanciones que pueden ser: el pago proporcional al tiempo cotizado desde la gestación hasta el parto o el no pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS en la que se encuentre vinculada la embarazada, cuando es trabajadora dependiente o siendo independiente se encuentra realizando el pago de aportes para salud.

Cuando es el empleador quien no ha realizado los pagos, está en la obligación de hacerlo so pena de incurrir en sanciones por parte del Ministerio de la Protección Social, además de tener

que asumir el pago de la licencia directamente, de la misma manera si es la trabajadora independiente quien no ha realizado los aportes deberá cancelarlos de la forma establecida para poder acceder a la licencia. Aunque este Acuerdo está reglando el reconocimiento pecuniario de la licencia, se encuentra ajustado a los lineamientos incluso de los mismos acuerdos de la OIT, los cuales consagraron que los Estados podían condicionar en sus legislaciones el pago de estas prestaciones.

1.5. Los derechos fundamentales del trabajo y la maternidad.

La Constitución de 1991 contiene un proyecto para hacer de Colombia un Estado moderno en el sentido de introducir la racionalidad administrativa para el manejo de lo público y una carta de derechos fundamentales con valor normativo que garantizan para todas las personas condiciones de vida digna, trabajo y seguridad. No obstante lo anterior, en Colombia existe discriminación derivada de varios factores, uno de ellos, el que resulta de interés para este trabajo, es lo relacionado con la vulneración de los derechos laborales de la mujer. Efectivamente, Colombia es un país con rezagos patriarcales que conllevan notorias desventajas para las mujeres, desventajas derivadas de la condición sexual.

La falta de libertad real, no formal, de las mujeres para decidir la maternidad, es una de las principales formas de dominación. De allí que sea totalmente acertada la recomendación general No. 19, formulada por el Comité de Seguimiento a la Convención de la Mujer, en el sentido de denunciar que la violencia contra la mujer ejercida en forma de coerción en lo referente a la fecundidad y la reproducción pone en peligro su salud y su vida; en el mismo texto advirtió que

la violencia que se dirige contra la mujer por ser mujer, debilita o anula el goce de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales.

La oportunidad positiva que significó la Asamblea Nacional Constituyente, hizo posible que las organizaciones de mujeres, se hicieran presentes exigiendo que los principios de este tratado de la Naciones Unidas se incorporen a la Constitución Nacional. El objetivo de esta petición es comprometer al Estado no sólo con la prohibición de todas las formas de vulneración, sino también con la apropiación de medidas positivas y temporales tendientes a garantizar de manera efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, tal como lo ordena el artículo 4 de dicha convención.

Una de esas medidas especiales es la formalizada en el artículo 11 de la convención que obliga a los estados partes a asumir estrategias que eviten la discriminación contra la mujer originada en el hecho de la maternidad, de tal forma que se garantice efectivamente su derecho al trabajo, prohibiendo los despidos por causa de embarazo o de licencia de maternidad, regulando la licencia de maternidad pagada, fomentando servicios sociales de apoyo que ayuden a los padres a un cabal cumplimiento de sus deberes familiares, laborales y políticos, y otorgando a las mujeres una educación familiar que les permita comprender de manera adecuada la función social que tiene la maternidad.

En este contexto, parece lógico que el artículo 13 de la Constitución Nacional hubiese consagrado de manera expresa el derecho a la igualdad, de cuyo contenido se infiere la imposibilidad de discriminar por razón de sexo. Este compromiso con la igualdad de género no

se limitó a realizar una concesión a las feministas sino que tiene un significado adicional, y es el reconocimiento expreso de una realidad social que efectivamente otorga trato diferente dependiendo de la condición de hombre o mujer que se muestre.

Esta afirmación la ratificó el artículo 40 de la Constitución Política al regular los derechos políticos de los ciudadanos colombianos, el último inciso ordena “las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública”. La tan polémica ley de cuotas no fue más que un desarrollo de este mandato constitucional que permite la puesta en marcha de acciones afirmativas y de discriminación inversa como medidas necesarias para superar las condiciones ancestrales de marginalidad. Parece pertinente en este punto distinguir entre las razones que justifican una discriminación inversa cuya esencia es el logro de la igualdad real, de aquellas en que se sustenta la discriminación injusta y arbitraria cuyo resultado final es la desigualdad social.

Lo anterior no significa que una norma afirmativa sea constitucional en todos los casos, su viabilidad jurídica se fundamenta en la existencia efectiva de condiciones de desigualdad, en la razonabilidad, proporcionalidad y temporalidad de las medidas afirmativas adoptadas. La exequibilidad de la ley de cuotas fue producto directo del análisis concienzudo sobre la situación de la mujer colombiana y la necesidad apremiante de impulsar, desde el campo del derecho, el alcance de la igualdad de género.

En el mismo orden de ideas, se halla en el artículo 43 de la Carta una disposición expresa relacionada con la igualdad de sexos en la cual de manera transparente se consagra, en primer

lugar, la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, prohibiendo de manera tajante y sin atenuaciones todo tipo de discriminación contra la mujer, cualquiera que sea el origen, circunstancia o actor. A renglón seguido se ocupa del embarazo ordenando al Estado una protección y asistencia especial para la mujer que se encuentra en este estado, protección que debe cobijar, además de los nueve meses de gestación, la etapa del parto y el postparto.

Un cuerpo legislativo interesado en dar vida a los mandatos constitucionales debió producir desarrollos legales tendientes a cumplir con el compromiso del constituyente primario en relación con la protección especial para la mujer embarazada, como un mecanismo tendiente a evitar la discriminación y a garantizar la igualdad entre los sexos. Esta norma concluye con un claro ordenamiento al Estado colombiano, referido al subsidio alimentario y el apoyo que debe otorgarse a la mujer cabeza de familia. Estos apartes conllevan medidas de discriminación inversa, plenamente justificadas en la situación material de vida de las mujeres colombianas.

Aún más, para que no quede el menor asomo de duda sobre la intencionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente, el artículo 53 reitera la protección a la maternidad al incluirla como uno de los principios mínimos fundamentales que deberán regir el estatuto del trabajo en Colombia, con lo cual se pretendió garantizar la igualdad en el empleo erradicando las prácticas discriminatorias. Esta protección no se agota en impedir los despidos injustos de la trabajadora embarazada, sino que se extiende a obligaciones y prestaciones económicas que comprometen tanto al Estado como a los empleadores.

En síntesis, el Estado Social de Derecho adoptado en la Constitución del 91 considera que la mujer en estado de embarazo conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagraron en su beneficio los siguientes derechos: el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser vulnerada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53); a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43). Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia (C.P. art. 42).

De otra parte, el capítulo 1 del título I de la Carta, denominado “De los Derechos fundamentales”, contiene un listado amplio de prerrogativas y postulados no taxativo, razón por la cual, le compete al juez de tutela descubrir en cada caso concreto la presencia de un derecho fundamental por estar presente el denominado “concepto jurídico indeterminado”. La sentencia T-002/92 fija dos criterios que debe utilizar el juez para determinar qué derechos son fundamentales: la persona humana y el reconocimiento expreso; el primero tiene una base material, el segundo, una formal. Por lo demás el primer criterio es el más importante ya que es la persona humana.

Los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza: son derechos subjetivos que recogen contenidos de derecho objetivo. Como derecho subjetivo impone al Estado y a los particulares, aunque prioritariamente al Estado, múltiples deberes tendientes a alcanzar su plena

realización, respetando los límites de la actividad judicial y los principios del Estado Social de Derecho. Históricamente la garantía jurídica subjetiva de los derechos fundamentales cubre el espacio vital (derechos de libertad), la igualdad ante la ley (derechos de igualdad) y la participación en la vida política de una colectividad (derechos políticos). El contenido objetivo de los derechos fundamentales otorga al juez, al legislador y a la administración pública, principios valorativos que se traducen en directrices de acción.

Así las cosas, la pregunta pertinente consistiría en indagar si ¿la protección que otorga la Constitución a la mujer en estado de embarazo constituye un derecho fundamental? Pues bien, para el constitucionalismo clásico un verdadero derecho fundamental es aquel que se predica de toda persona sin excepción, esto es, sin consideraciones de género, raza, religión, situación social o económica. Desde esta perspectiva mal podría afirmarse que la mujer y, en especial, la mujer embarazada es, en razón de su estado, titular de específicos derechos fundamentales.

Ahora bien, de estos derechos fundamentales algunos tienen acción directa o inmediata, esto es, que los afectados pueden acudir directamente ante las autoridades judiciales cuando quiera que en una circunstancia concreta se vean amenazados, sin necesidad de desarrollo legal. Precisamente el artículo 85 de la Constitución, al ocuparse del tema de la aplicación directa, hace un listado de algunos derechos fundamentales que tendrían esta condición. La jurisprudencia y la misma normatividad han precisado que este listado no es taxativo ni único, puesto que el carácter de tutelable de un derecho depende de su condición de fundamental y no de su ubicación.

La acción de amparo o acción de tutela, fue acogida por el constituyente como el instrumento más idóneo tendiente a la efectividad de esos derechos fundamentales. La incidencia de esta acción en la vida nacional debe medirse por su aporte en la recuperación de la credibilidad del ciudadano común en la administración de justicia. Lo pertinente ahora es establecer qué clase de derecho es aquel consagrado a favor de las mujeres tendiente a impedir la discriminación contra ellas.

Siguiendo la argumentación contenida en este trabajo, conviene establecer cuál es el núcleo esencial de este derecho o mejor cuál es el bien jurídico protegido. El artículo 43 de la Constitución Política de Colombia, consagra de manera específica y para el caso concreto de la relación entre hombres y mujeres, el principio de igualdad, como un postulado básico que debe erigirse entre los sexos. De donde, esta normativa no hace cosa distinta de reiterar la protección constitucional a la igualdad de género. A renglón seguido se hace referencia puntual al trato especial que merece el embarazo, dado que es este estado el que provoca desventajas y discriminaciones.

El texto indica la forma cómo debe desarrollarse la igualdad para la mujer en estado de embarazo; por lo mismo su contenido no es más que otra expresión del derecho de igualdad, es decir, lo que se invoca es aquel principio liberal clásico, según el cual, todas las personas tienen derecho a recibir el mismo tratamiento, sin menoscabo alguno derivado de circunstancias como el sexo, la religión, la raza etc. Llevado al campo laboral, este derecho de igualdad pretende que la mujer trabajadora no sea marginada ni menospreciada cuando desarrolla su función procreativa. Como ya se dijo, la primera parte del artículo 43 no contiene un mandato de

discriminación positiva, es apenas un requisito necesario e imprescindible tendiente a garantizar la igualdad y evitar la discriminación negativa.

Siguiendo a Pérez (1998), diríamos que el derecho a la igualdad de la mujer embarazada y el derecho fundamental a la maternidad gozan de una garantía normativa, dado que los artículos 13, 43 y 53 así lo consagran; existen también en su favor garantías institucionales así sean formales, para nuestro caso el papel que cumple la Defensoría del Pueblo como mediadora de buenos oficios para evitar su afectación; las otras garantías que menciona este autor son las jurisdiccionales y no se hace referencia a las que se ventilan ante las autoridades del poder judicial que, en el caso colombiano, son indiscutibles. El vacío se presenta en torno a los “instrumentos de protección específicos”, tendientes a garantizar los derechos humanos en forma directa e inmediata.

La interpretación más generalizada de estos mandatos constitucionales, ha sido integrar los derechos consagrados en los artículos 43 y 53 bajo el rótulo de Protección a la Maternidad, quedando el derecho general de acción negativa de igualdad de la mujer, subsumido en el derecho de acción positiva de protección a la maternidad, que es un derecho fundamental perteneciente al grupo de los económicos, sociales y culturales, para los cuales por ahora no existe vía directa, dado que las tesis predominantes los ligan a desarrollos legislativos. De esta manera, el derecho a la igualdad se convierte en letra muerta, manteniendo a través de una lectura masculina de la constitución, las desventajas existentes para la mujer trabajadora, derivadas del estado de embarazo, defecto que justamente pretendió corregir el constituyente primario, al diferenciar el derecho de igualdad de la mujer trabajadora en embarazo, de la

protección debida a la maternidad. En consecuencia, son dos derechos diferentes con mecanismos de protección también específicos.

La inquietud planteada es trascendental puesto que desde un enfoque de género el artículo 13 debe interpretarse conjuntamente con el artículo 43, realizando una conexión similar a la que efectuó la Corte Constitucional en relación con el derecho al trabajo y las condiciones dignas y justas del mismo, vinculando para esos efectos a los artículos 25 y 53. En un estado social de derecho comprometido con la justicia material, un discurso abstracto sobre la igualdad, no tiene posibilidades reales de superar el estado de cosas que genera la desigualdad; de tal suerte que el cumplimiento cabal de este mandato constitucional contribuiría en la práctica a superar la indudable vulneración que se ejerce contra la mujer por razón del embarazo.

Desde una visión puramente jurídica, dada la temporalidad del embarazo, solamente la acción de tutela por la agilidad en su trámite es la única acción capaz de evitar la vulneración de este derecho fundamental. Una interpretación como la expuesta conlleva la perspectiva feminista capaz de contrariar la cultura imperante, que al mismo tiempo que anuncia retóricamente la magnificencia de la maternidad, la que sigue presentándose como la meta femenina por excelencia, las prácticas sociales y jurídicas la siguen asumiendo como un pretexto para acentuar la marginalidad y como un puntal básico en la reproducción de los estereotipos hombre-mujer.

La viabilidad de la acción judicial ordinaria o contenciosa laboral, responde a la regulación legal del tema de la maternidad y ha venido operando con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991. Si la tutela no se acepta por violación directa de la constitución en cuanto

al derecho fundamental de igualdad, en el evento del despido ocasionado por el embarazo, este derecho en la práctica sería simple letra muerta, resultado que no esperaba el constituyente cuando elevó a rango constitucional esta protección especial tan reclamada y sentida por las mujeres en todos los sectores sociales. De donde el derecho fundamental de igualdad, se vulnera en el momento mismo en que una mujer es discriminada por razón del embarazo, condición exclusivamente femenina.

La protección por vía de tutela sólo debe requerir la notificación al empleador del estado de embarazo y el despido sin el cumplimiento de los requisitos legales, esto es, justa causa y autorización del inspector del trabajo. Y no se diga que mediante el proceso laboral ordinario o mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho puede evitarse la afectación del derecho fundamental a la igualdad, pues es innegable que el trato desigual se concretiza con el despido, y por lo mismo la desventaja derivada de la condición femenina se perpetúa. La protección reforzada por maternidad es de tan corta duración que la única acción adecuada para impedir la vulneración es la acción de tutela. Cualquier requisito adicional aunque se justifique en el interés de proteger a la mujer, en la práctica se traduce en obstáculos del derecho judicial en torno a la vigencia de los derechos fundamentales de la mujer, entre ellos el más importante, el de igualdad.

CAPITULO II

2. Estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada

La Asamblea Nacional Constituyente creadora de la constitución de 1991, proclamó un artículo fundamental y esencial en materia laboral, basándose en los tratados internacionales y convenciones sobre el derecho al trabajo y a las organizaciones sindicalizadas, otorgando prioridad a algunos sectores obreros, que en algún tiempo, se vieron afectados por la discriminación y la sublevación laboral. Tal fue el caso, que a través del tiempo se ha observado su gran importancia y evolución, en pro de la protección de los derechos de los trabajadores y más aún, de aquellos que se encuentran en un estado especial, y por tal, que requieren cierta protección Constitucional para garantizar su derecho laboral y en conexión con derechos fundamentales, el mínimo vital.

Es por ello que el Artículo 53 fue ubicado en el Capítulo II De Los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la norma superior reza: Artículo 53 de la C.P.: “El congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporción a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultad para transigir y conciliar en derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones

laborales; garantía a la seguridad social, capacitación, , el adiestramiento y descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, son parte de la legislación interna. La Ley, los contratos, los acuerdos o convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

En dicho artículo Constitucional se inculca una serie de principios que protegen la igualdad entre los trabajadores, promociones, ascensos oportunidades laborales para todo trabajador; remuneración básica, puntual y suficiente para la subsistencia de cada trabajador de acuerdo a su labor y desempeño, además de su incremento gradual y proporcional al costo de vida; protección a una estabilidad laboral compuesta en un contrato justo y equitativo, garantizando un periodo objetivo para ejercer la función; derecho a no renunciar a los derechos laborales expresamente establecidos por las normas laborales; derecho a la negociación de situaciones jurídicas originales de la relación contractual laboral, que se causan por incumplimiento de obligaciones y deberes de cualquiera de la partes, presentando una solución equitativa y en consecuencia el mínimo desgaste de la administración de justicia; el indubio pro operario, que garantiza que en duda razonable de cualquier situación, se debe actuar en pro del trabajador; derecho a una entidad prestadora de salud, caja de compensación, entre otros...

Sin embargo y además del artículo precedente, la jurisprudencia ha desarrollado un principio superior a la estabilidad laboral, principio que se denominó estabilidad laboral

reforzada, con el cual se garantiza la estabilidad del trabajador en sujetos expresamente establecidos y que puedan afectar sustancialmente los principios y derechos Constitucionales que protegen al trabajador. Dichos principios y derechos han ido evolucionando de acuerdo a su desarrollo jurídico, adquiriendo mayor importancia, generando doctrinas y precedentes Constitucionales a través de las sentencias de tutela, proferidas por la honorable Corte Constitucional, casos en los cuales según el principio de la estabilidad laboral reforzada, para despedir a un trabajador que ostente este derecho, no es suficiente con la existencia de las justas causas enunciadas en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, por lo contrario se requiere de un procedimiento y debido proceso para ello.

2.1. Garantías en el sistema jurídico colombiano

Hablar de garantías laborales que ofrece el estado colombiano, se entiende como estado social de derechos a la posibilidad de desempeñarse en una actividad laboral que sea de todo su agrado y pueda ser desempeñada libremente; con el transcurso del tiempo, se observa que esto no se ve hoy en día, pues la oferta laboral no alcanza los mínimos exigidos para la demanda y las que se ofertan no están acorde para las condiciones o preparación de la persona que se encuentra postulada para el cargo por lo cual deben realizar otras actividades que les ayuden a garantizar el mínimo vital.

Por lo que se plantea la pregunta, si el estado como asegurador fundamental debe garantizar que se cumpla todo lo plasmado en la constitución del 91 y brindarle las garantías necesarias para que el trabajador goce de una vida digna y no sufra penurias a las cuales muchas

veces se encuentra sometido por la falta de estabilidad en el trabajo, así lo plasma la constitución, el trabajo es un derecho el cual goza de todas las modalidades de protección del estado, ya que es el medio de sobrevivencia de los ciudadanos colombianos.

Lo esencial sería, si se trabaja por gusto y vocación, afirmación expuesta en la Constitución Política del 91 en su artículo 26: “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles”.

En este orden de ideas, la protección que el estado debe otorgar al trabajador deber ser invariable, donde lo primordial sea la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución, para de esta forma armonizar con los fines del estado, donde los ciudadanos como coasociados son beneficiarios del estado operante, cumpliendo con sus obligaciones de garante por excelencia y vigilante de aquellos que de alguna manera puedan transgredir los derechos laborales imponiendo políticas que atenten contra el trabajador y los derechos que por décadas han luchado y alcanzado producto del desarrollo de una sociedad cambiante y es el estado quien producto de estas exigencias y del cambio debe actualizarse en favor de la clase trabajadora amparando los derechos de aquellos que conforman las clases menos favorecidas dentro del ámbito laboral.

2.2. Principio de la estabilidad laboral

Para retomar este estudio se inicia desde la génesis del concepto de la siguiente manera: El principio de la estabilidad laboral hace referencia a las garantías que tiene el trabajador que mientras se cumplan las condiciones del contrato este puede continuar prestando sus servicios, salvo que el empleador de por terminado el contrato de trabajo, en cuyo caso el trabajador tendrá derecho al reconocimiento de una indemnización bajo los parámetros establecidos por la ley. Se entiende como el mínimo de garantías a favor del trabajador, tratando de exigir al empleador el respeto y un orden lógico para el desarrollo de la relación existente, y que nació del producto de la vinculación del individuo con su fuerza de trabajo a la realización de una actividad preestablecida por su contratante.

Esta garantía tiene fundamento también “en instrumentos internacionales que tienen fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano y que constituyen criterios auxiliares de interpretación de los derechos constitucionales” (Sentencia T-649 de 2009), los cuales integran el bloque de constitucionalidad, tales como: La Declaración Universal de derechos Humanos, que en el artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.

El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, el cual establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.”

El artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”.

El Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo.

De igual manera, las regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada que desde principios de siglo pasado, que promulgó la OIT como el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931.

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas:

1. Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo “resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra” (Sentencia T-649 de 2009). La Corte Constitucional ha dicho que “la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término

fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato” y señaló “que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia” (Sentencia T-1069 de 2008).

Ha dicho también la Corte que “esta línea jurisprudencial aplica la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada en todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el empleador sea público o privado; lo que se busca es asegurarle al trabajador que su vínculo no se romperá de manera abrupta, y por tanto su sustento y el de su familia no se verá comprometido por una decisión arbitraria” (Sentencia T-635 de 2009)

2. Es una garantía que ampara también a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, pues “cobija todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-649 de 2009) y en este sentido “las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-534 de 2009).

Sobre este particular ha dicho la corte constitucional con relación al concepto jurídico de estabilidad en el empleo

“ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: En relación con la protección constitucional a la estabilidad en el empleo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se constituye en un principio que rige de manera general las relaciones laborales y se traduce en el cumplimiento estricto de las obligaciones propias que demanda el desarrollo del objeto del contrato. Ello se refleja en la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justas” para proceder de tal manera o, que de estricto cumplimiento a un procedimiento previo”.
(Sentencia T-449/08).

Por consiguiente en el tema del derecho al trabajador las normas que rigen la relación empleado-empleador, por llamarlo de alguna forma, han desarrollado un mecanismo de protección laboral el cual se denomina estabilidad laboral reforzada, con el cual se busca brindar una garantía particular a las personas que se encuentren establecidas en esta protección como es el caso de las mujeres trabajadoras embarazadas, personas discapacitadas o con algún caso de limitación, trabajadores del fuero sindical; entenderíamos como reglas claras que delimitan la actuación de los empleadores los cuales deben respetar lo establecido en la ley para la toma de decisiones que de alguna manera afecten de manera arbitraria los derechos de algunos trabajadores que detentan una condición especial como el caso de estudio referente a la mujer embarazada.

En este sentido, por ser de vital importancia, la corte ha dejado su huella sobre este particular dejando claro que es un derecho que está por encima de la voluntad del patrono, referente al principio de estabilidad reforzada en el caso de la mujer embarazada, ha dicho la corte entre otras en la sentencia C-470 de 1997:

“En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar”.

Haciendo referencia a la Estabilidad laboral reforzada por embarazo y/o periodo de lactancia, delimitando de esta manera dicho estudio y buscando en el ordenamiento jurídico Colombiano, se tiene que la carta política analiza la confirmación del querer del legislador primario, el cual no es otro que la existencia de la protección de derechos de todos aquellos vulnerables y desprotegidos en las relaciones laborales, es así como el artículo 53 de la constitución política consagra los principios mínimos fundamentales a los cuales están sometidas

las normas laborales las cuales enuncian ciertas situaciones a las cuales se enfrenta el trabajador como lo son la remuneración y su protección como ser humano.

Esto conduce directamente al tema de estudio, el cual se enmarca en la protección constitucional intrínseca a la mujer como ser humano definida como la estabilidad laboral reforzada que se da a la mujer en estado de embarazo o durante la lactancia de ahí es donde surge el denominado fuero de maternidad y como consecuencia de este una estabilidad reforzada que le permite a la mujer trabajadora gozar de un empleo normal en el cual se le permita el desarrollo de su contrato sin miedo a ser despedida por causa de su embarazo; es lógico que el legislador piense en esa protección pues el empleador solo está pensando en su beneficio y evitar cargas que le resulten gravosas a sus intereses económicos, desconociendo lo aportado por la mujer trabajadora que es considerada por algunos empleadores un lastre, que impide seguir cosechando riqueza.

En este sentido, a petición de la sociedad y su desarrollo los constituyentes, con el fin de preservar los derechos de aquellos en circunstancias de vulnerabilidad como es el caso de la mujer gestante ha dejado su huella en distintos apartes, es por eso que la constitución política (1991) hace referencia al caso en el Artículo 13 encontramos que:

“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y tanto de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen, nacionalidad o familia, lengua religión opinión política o filosofía. El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas a favor de grupos discriminados o

marginados. El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan”

Por lo cual se evidencia que la misma constitución hace referencia que todos tienen los mismos derechos, libertades y oportunidades por lo cual se debe proteger y garantizar la protección de los trabajadores por su condición de ser humano, sin embargo, la misma constitución fue más adelante y no se quedó con el simple hecho de garantizar la protección para todos los trabajadores, fue más enfática en establecer un artículo en cual se brindará una garantía para aquellas mujeres que por su estado de naturaleza humana se encontrara en estado de embarazo, mientras se encuentran en su actividad laboral como es el caso de darle rango constitucional lo cual evidencia la preocupación de generar estabilidad de manera clara y precisa a todas las mujeres que se encuentren en la condición especial descrita.

En hora buena, el legislador ha sido sabio en la redacción de este artículo al expresar el verdadero deseo de protección producto del desarrollo de la sociedad. La génesis del legislador primario o constitucional ha dejado claro que la protección de la mujer embarazada, no es producto de un capricho, sino un elemento esencial que se coloca por encima del querer de los factores económicos, que si bien son importantes y necesarios, no pueden estar por encima del bienestar del que está por nacer y de aquella que lo lleva en sus entrañas dándole vida. Y es el desarrollo de esta necesidad, quien crea unos postulados que suponen las circunstancias que entendemos como elementos nacidos de las circunstancias diarias propias de este tipo de asuntos.

Esta teoría creada por vía jurisprudencial evita que la mujer en estado de embarazo sea despedida siempre que se encuentren presentes los siguientes elementos:

- Que el despido se ocasione durante el periodo amparado por el fuero de maternidad, es decir, durante el embarazo o dentro del término de lactancia, como lo prevé el artículo 239 del código sustantivo del trabajo.
- Que el momento del despido, el empleador conozca del estado de embarazo ya sea por debida notificación o por un hecho notorio.
- Que el despido surja por consecuencia del embarazo o que es lo mismo que no exista una causa justa que de origen al despido.
- Que no aporte autorización expresa por parte del inspector de trabajo o en su defecto del alcalde municipal de donde no se cuente con un funcionario antes mencionado.
- Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o de la criatura que está por nacer.

En consonancia con lo anteriormente expresado, se establece una explicación a cada uno de dichos elementos:

Que el despido se ocasione durante el periodo amparado por el fuero de maternidad, es decir, durante el embarazo o dentro del término de lactancia, como lo prevé el artículo 239 del código sustantivo del trabajo. Este es un elemento que guarda relación con el hecho de la

concesión, basta con probar que la trabajadora se encuentra en estado de gestación o durante del término establecido de lactancia en el momento del despido. Percíbase como la jurisprudencia constitucional se nutre de conceptos legales que a su vez son preconcebidos de la carta política, los cuales sirven de fundamentos o patrón de medida de la corte constitucional para enmarcar un periodo de protección para la mujer trabajadora gestante.

Que el despido se ocasione durante el periodo amparado por el fuero de maternidad, es decir, durante el embarazo o dentro del término de lactancia, como lo prevé el artículo 239 del código sustantivo del trabajo. Se trata de un elemento objetivo el cual busca relación con el hecho de notificación al empleador del estado de embarazo de la trabajadora porque esta se lo ha hecho a conocer de la manera como lo ha expresado la ley. Todo esto con el fin de brindarle las garantías y las medidas de protección a la mujer trabajadora. O por un hecho notorio toda vez que una mujer que se encuentra en estado de gestación del cuarto (4) al quinto (5) mes, el cuerpo de la mujer, sufre cambios hormonales, los cuales hacen evidente el estado de embarazo y al darse por enterado el mismo, de inmediato la trabajadora queda protegida.

Al respecto la corte se ha manifestado: *“Esta información idónea al empleador sobre el estado de embarazo, ha sido revaluada por la propia sala laboral de la corte suprema de justicia que ha manifestado en algunos pronunciamientos que basta que la trabajadora informe al empleador su estado de embarazo por cualquier medio, sin más formalidades o pruebas que su simple afirmación, para que esta quede amparada por el fuero reforzado de maternidad. Este enunciado tiene como funcionamiento el hecho de que la ley no exige tarifa legal para demostrar el estado de embarazo y la manifestación de la trabajadora cumple con el propósito*

de asegurar el conocimiento de quien está obligado a presentar la protección”. Sentencia 10.993 de 24 de septiembre 1998 magistrado ponente José Roberto Herrera Vergara.

“.... También es cierto que una mujer con cinco o seis meses de embarazo, se han producido los suficientes cambios físicos que convierten tal estado en un hecho notorio” (corte constitucional sentencia T-362 de 20 de mayo 1999 Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra).

Que el despido sea una consecuencia del embarazo, es decir, que no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. Con este criterio la corte constitucional sentó un precedente puesto que le corresponde al empleador demostrar la causal por la cual da por terminado el contrato, o por lo contrario todo despido que surja mientras se encuentra en el periodo de protección a la maternidad, será tenido como un despido como consecuencia del embarazo y corresponderá al empleador demostrar lo contrario.

Que no aporte autorización expresa por parte del inspector de trabajo o en su defecto del alcalde municipal de donde no se cuente con un funcionario antes mencionado. La corte constitucional ha establecido enfáticamente que el mecanismo para dar por terminado un contrato laboral de una mujer embarazada es mediante solicitud ante el inspector del trabajo o en su defecto del alcalde municipal en los lugares que no se cuente con este funcionario, ya que este es el mecanismo en el cual el empleador puede demostrar que si se dio una justa causa para La terminación del contrato y no que todo se derivó producto de su condición de embarazo. Sin este requisito formal se tendrá como ineficaz la decisión y la trabajadora podrá ser reintegrada a su actividad laboral.

Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o de la criatura que está por nacer. Este criterio es fundamental puesto que este nace a la vida jurídica producto del desarrollo del mínimo vital en la cual es indispensable un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas de las trabajadoras.

2.3. Efectos de la estabilidad laboral reforzada

Finalmente en términos generales la aplicación de este principio consiste en que el empleador no podrá desvincular laboralmente aquellas personas que se encuentren protegidas por la estabilidad laboral reforzada mientras no exista previa autorización por el inspector del trabajo o en su defecto por el alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, pero en dicho evento que se efectuó el despido sin ningún tipo de autorización este como tal carecerá de efecto jurídico es decir se califican de nulas y por consiguiente el trabajador tendrá derecho a solicitar el reintegro a un puesto de igual categoría o de mejor condición sin perjuicio de las indemnizaciones especiales que consagra la ley para cada caso en particular.

Al respecto el artículo 239 prohibición para despedir (código sustantivo del trabajo)” modificado por el art. 35 de la Ley 50 de 1990, modificado por el art. 2, Ley 1468 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo.

3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades, tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado. La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. En la sentencia T-649 de 2009, la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que “Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados” (Sentencia T-404 de 2005).

NOTA: Artículo tal y como fue modificado por la Ley 50 de 1990, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-470 de 1997, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts. 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido.

CAPÍTULO III

3.1. Línea jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada

A lo largo del recorrido jurisprudencial encontramos una serie de sentencias que fueron pilares fundamentales al momento de hablar de la estabilidad laboral de la mujer embarazada entre estas destacamos las siguientes:

La sentencia T-527 de 1992, la cual expresó la Corte Constitucional que “el carácter programático de la “especial asistencia y protección” que el Estado debe brindar durante el embarazo y después del parto; así como la ubicación de la norma contentiva de este predicado (Art. 43) dentro del Capítulo 2 del Título II referente a los derechos sociales, económicos y culturales, indican perfectamente el carácter no fundamental del derecho que se pretende hacer valer”.

En consecuencia, en esta primera sentencia, la Corte Constitucional de aquél entonces era más conservadora sostuvo que es improcedente invocar la protección a la mujer en estado de embarazo y el artículo 43, como fundamento para solicitar la acción de tutela en un caso concreto, toda vez que dicha protección no era un derecho fundamental, ya que el artículo del cual emanaba no se encontraba en el capítulo de los derechos fundamentales. Aquella respuesta de la Corte de ese momento, hacía gala de su postura exegética frente a la determinación de los derechos fundamentales, toda vez que sostenía que sólo participaban de tal característica los derechos que así habían sido denominados por la Constitución y que se encontraban en el Capítulo 1º del Título II. Siendo así, la protección a la mujer embarazada quedaba relegada a un

carácter programático, es decir, sujeta a lo que desarrollara el legislador y excluida de la posibilidad de ser amparada por medio de la acción de tutela.

Puede concluirse entonces que en esta sentencia el límite de protección que se demarca para la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo, es bastante reducido, toda vez que esta protección no goza del estatus de derecho fundamental, sino que ostenta simplemente un rango legal y un carácter programático, siendo así que debe acogerse a las reglas básicas del Código Sustantivo de Trabajo, que para ese entonces sólo había sido reformado en ese asunto por la Ley 50 de 1990, bajo las cuales no puede pensarse en que deba protegerse este derecho frente a las modalidades contractuales.

Mas sin embargo encontramos que la Corte Constitucional en sentencia T-497 de 1993 establece que La terminación de la relación laboral no implican, por sí misma, violación del derecho al trabajo ni de ningún otro derecho constitucional. Los derechos asistenciales, que de manera aislada no son objeto de la protección de la tutela, institución llamada por los propios designios de la Carta a amparar los derechos fundamentales. Sin embargo, ha sostenido la Corte la posibilidad de amparar derechos humanos no expresamente señalados como fundamentales en la Constitución Política, cuando medie entre unos y otros, de la misma manera, un nexo de causalidad que permita el amparo de un derecho fundamental por el camino de amparar, para un caso concreto, un derecho asistencial. No aparece probada en el expediente esa causalidad, y no basta el afirmar que se ha roto de manera ilegal una relación laboral, para inferir, de ese solo hecho, amenazas o violaciones de un derecho fundamental.

Con base a lo establecido en la sentencia hito C 470 de 1997, la Corte se da a la tarea de analizar la constitucionalidad del ordinal 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, sirviéndole ésta de oportunidad para examinar y llenar de contenido el derecho a la estabilidad laboral reforzada del que se ha venido hablando. En este sentido, la Corte hace un esfuerzo argumentativo para consolidar un concepto de lo que se ha llamado fuero de maternidad, basando el mismo en una lista de argumentos constitucionales, de modo que afirma que “la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts. 2°, 11 y 44), a tal punto que, como esta Corte ya lo ha destacado, la criatura que está por nacer, recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como “gestadora de la vida” que es”.

Gracias a la Sentencia T-373 de 1998, la Corte Constitucional recoge toda su argumentación respecto al status de fundamental del fuero de maternidad y, tras haber relacionado a lo largo de la sentencia sus diversas posturas de los últimos años, lanza una propuesta que supera lo que ya había establecido en sus anteriores fallos: el fuero de maternidad como derecho fundamental autónomo. Al respecto dice la Corte:

Una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el “fuero de maternidad”. Agregó la Sala que más allá de los principios de igualdad y de

protección a la vida, el respeto a la dignidad de la mujer exige su tutela reforzada, puesto que el estado de gravidez no puede pasar desatendido sin ignorar a la persona humana, lo que se presentaría si el orden jurídico omite tomar en la cuenta dicho estado con el objeto de conceder a la mujer un trato jurídico positivo o si permanece indiferente ante su desconocimiento. En ambos casos, se produce minusvalía de género, que atenta contra la dignidad humana en su más alta expresión.

Pero esto no se detuvo en la anterior sentencia lo cual hizo que surgiera la Sentencia T-426 de 1998, con la cual la Corte Constitucional consagró, respecto a la figura de la terminación del contrato y el fuero de maternidad que:

El arribo de la fecha de terminación del contrato no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral, pues si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas, la materia del trabajo y si el trabajador cumplió a cabalidad sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación. Por lo tanto, para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo, más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo.

En dicha sentencia se relaciona, de manera clara y concisa, el planteamiento de que sí prevalece el fuero de maternidad sobre el tipo de contrato que se haya pactado, refiriéndose más propiamente a los contratos a término fijo y por obra o labor; con este fallo se empieza a desarrollar una fuerte jurisprudencia con relación al alcance de esta protección en los contratos a

término definido y también se comienza a diluir la diferencia entre terminación del contrato por cumplimiento del término y despido.

Desde entonces han surgido un acápites de sentencias con el propósito de esclarecer de una manera favorables para todas aquellas mujeres trabajadoras embarazadas como lo es la sentencia T832 de 2000 la cual manifiesta que, la protección constitucional se brinda por el hecho del embarazo, sin referencia a la modalidad contractual utilizada. Se trata de asegurar que el embarazo no sea el motivo del despido y de impedir, así mismo, que la empresa, tratándose de mujeres, opte por contratarlas siempre en forma temporal o por obra o labor determinada, con miras a evadir las reglas constitucionales y legales pertinentes.” En este sentido, de acuerdo a lo que ya había establecido la T-426 de 1998, la Corte Constitucional se inclina por aseverar que sí prevalece la estabilidad laboral reforzada frente al término pactado por las partes para desarrollar el contrato, de modo que frente a esta acción de tutela, reitera la misma doctrina que plasmó en la T-426

Del mismo modo, con la sentencia T-872 de 2004 expresa un concepto respecto al fuero de maternidad cuando se ha dado la terminación del contrato (contratos a término fijo y contrato de obra o labor): “En relación con modalidades de terminación del contrato laboral diferentes al despido, la jurisprudencia ha dicho que el vínculo laboral con una mujer embarazada puede terminar por cumplimiento del contrato de trabajo a término fijo, siempre y cuando se extingan las condiciones laborales de ejecución del contrato. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia sostiene que el vencimiento del plazo fijado por el contrato de trabajo no es causal objetiva y automática de desvinculación de la trabajadora embarazada: si se logra demostrar que a pesar del fenecimiento del plazo, subsisten las causas, la materia del trabajo y si el trabajador cumplió a cabalidad sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación”.

Lo anterior, referido principalmente a los contratos de término fijo; frente a los contratos por obra o labor, la Corte expresó en la misma T-872 que cuando el contrato llega a su fin como consecuencia de haberse realizado la obra o de haberse ejecutado la labor encargada, pero no como consecuencia del embarazo, el despido de que es objeto la mujer no es discriminatorio, sino que sigue los lineamientos generales de los contratos a término fijo en los que la labor asignada no subsiste.

Posteriormente, mediante la sentencia T-1003 de 2006, la Corte simplemente reitera lo que hasta entonces ha sido ya una doctrina consagrada, en el sentido de que:

La protección a la estabilidad en el empleo respecto de todos los trabajadores, contemplada en el art. 53 de la Constitución Política, es un principio que rige de manera general las relaciones laborales, lo cual supone que el cumplimiento estricto de las obligaciones propias que demanda el desarrollo del objeto del contrato de trabajo por parte del empleado, se traduce en la conservación de su cargo, salvo que se verifique alguna de las causales contempladas en la ley para que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral.

Con mayor razón entonces, y atendiendo el principio de igualdad real, tratándose de mujeres embarazadas, la protección de su estabilidad se incrementa, para conformarse una “estabilidad reforzada”, que imposibilita el despido, bajo cualquier circunstancia, derivado del estado de maternidad. Pero la Corte no solo retoma lo establecido en su jurisprudencia respecto a la estabilidad reforzada, sino que también trae a colación la consagración legal de aquella estabilidad y la interpretación constitucional que de dicha normatividad hizo el mismo tribunal en años anteriores; así, establece que:

Dicha estabilidad fue protegida por el legislador cuando estableció en el artículo 239 ordinal 3° del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto no se puede retirar a una trabajadora sino por justa causa comprobada, y siempre y cuando medie autorización del Inspector del Trabajo cuando se trata de trabajadoras oficiales, o una resolución motivada del jefe de la entidad donde labora aquélla, cuando se trata de empleadas públicas.

Analizado este punto por esta Corte, en sentencia de constitucionalidad, se estableció el alcance que tal normatividad debería tener, lo cual implica la prohibición de despido de la mujer en gestación o lactancia sin el lleno de los requisitos legales, con la consecuente configuración de la presunción de despido en razón de discriminación frente al embarazo o lactancia, lo cual conlleva la ineficacia del mismo y la posibilidad de reintegro para la empleada despedida en tales circunstancias, todo ello en atención al que ha sido denominado *fuero de maternidad*".

Así mismo, encontramos que en la sentencia proferida en el 2011, la Corte Constitucional, reitera en el tiempo su doctrina frente a la protección de la mujer en estado de embarazo, en el sentido de que: El artículo 53 de la Carta comprende múltiples principios relativos a la orientación de las relaciones laborales. Dentro de dichos principios se encuentra la estabilidad en el empleo, que se materializa en el ordenamiento como una garantía del Estado Social de Derecho. Dicha estabilidad laboral tiene además un carácter reforzado en las mujeres trabajadoras que se encuentran en estado de gravidez o lactancia, en la medida en que deben gozar de una protección especial que garantice su permanencia en el empleo, para así poder

obtener los correspondientes beneficios tales como salarios y prestaciones, de manera que se proteja a la madre trabajadora y al niño que está por nacer o que tiene escasos días de vida.

Además, insiste en la prevalencia del fuero de maternidad sobre la modalidad contractual laboral pactada, siendo así que sostiene la Corte “lo anterior, sin importar si se está o no en contra de la voluntad del empleador, ya que el mero hecho de estar embarazada o en fuero de maternidad no se convierte en una justa causa de despido; y la simple terminación del contrato no constituye excusa pertinente para no renovar el contrato laboral o retirar de dicha actividad a la trabajadora en esa situación”. a lo largo del tiempo encontramos que muchas sentencias

3.2. Sentencia hito SU-070 de 2013

En febrero de 2013 la Corte Constitucional, a raíz de la importancia del tema del fuero maternidad, la diversidad de criterios jurisprudenciales existentes y la gran cantidad de pronunciamientos no sistemáticos que se habían producido en la misma Corte, profirió la sentencia de unificación SU-070 de 2013, la cual se constituyó en un inmenso esfuerzo por recoger y sistematizar las posturas que respecto del tema se habían adoptado en el Tribunal Constitucional y dejar claras, desde un criterio unificado, las reglas aplicables en cuanto a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia.

En consecuencia de la anterior fundamentación, la Corte reconoce como formas de protección de la mujer embarazada o lactante: el reintegro ordenado por el Juez o, cuando éste no proceda, se realice por parte del empleador o contraparte contractual, el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud para que la mujer alcance el derecho a la prestación

económica de la licencia de maternidad; todo ello, en aras de proteger los derechos de la mujer y del niño que está por nacer, pues la Corte reconoce el estatus de fundamental de tal protección y resalta que la misma no puede estar sujeta a términos contractuales.

En definitiva, por medio de la sentencia de unificación, la Corte acoge los criterios más benéficos para la protección de la mujer en embarazo o lactancia y los sistematiza, concretándolos en una serie de reglas prácticas para aplicar a los casos concretos en los cuales se desenvuelva el Juez. Se propugna por una serie de garantías a favor de la mujer y el que está por nacer, pero sosteniendo una lógica argumentativa claramente estructurada y en la que se plantean aspectos tales como:

3.2.1. Fuero de maternidad

3.2.1.1. Permiso del inspector de trabajo para despedir a mujer embarazada o en periodo de lactancia.

Con el fin de asegurar la eficacia de la prohibición de despedir a trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, el artículo 240 del mismo Código prescribe que, para que el empleador pueda proceder a despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación.

3.2.1.2. Protección laboral reforzada de mujer embarazada y en periodo de lactancia: Jurisprudencia constitucional

Conocimiento del embarazo por parte del empleador

No es requisito para la protección de la mujer embarazada sino para determinar el grado de protección. El conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. Por otra parte, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.

3.2.2. Diferentes formas por las cuales el empleador puede llegar a conocer del embarazo de una trabajadora

El conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no exige mayores formalidades. Este puede darse por medio de la notificación directa, método que resulta más fácil de probar, pero también, porque se configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero, por ejemplo. En este orden de ideas, la notificación directa “es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo de sus trabajadoras, pero no la única”. Siguiendo lo anterior, la Corte ha entendido que algunas de las

circunstancias en las cuales se entiende que el empleador tenga conocimiento del estado de embarazo de una trabajadora, aun cuando no se le hubiese notificado directamente.

3.2.3. Derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada

Es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato. Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder.

En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N).

3.2.3.1. Mujer embarazada en contrato a término indefinido-Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada

Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada y la despide sin la previa calificación de la justa causa por parte del inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada: en este evento surgen a la vez dos situaciones: - Cuando el empleador adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada): En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa (si se presenta) se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

El fundamento de esta protección es el principio de solidaridad y la consecuente protección objetiva constitucional de las mujeres embarazadas. - Cuando el empleador NO adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada): En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y el reintegro sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Bajo esta hipótesis, se ordenará el pago de

los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa.

3.2.3.2. Mujer embarazada en contrato a término fijo-Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada

Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones: 1. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. 2. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.

Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y

la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T. Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas: Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa.

Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.

3.2.3.3. Mujer embarazada en contrato de obra o labor-Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada

Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones: Si la desvincula antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada: En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T. Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:

1. Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. 2. Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra, PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. 3. Si la desvincula una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

3.2.3.4. Mujer embarazada en cooperativa de trabajo asociado

Cuando se demuestre la existencia de un contrato realidad, la cooperativa y la empresa donde se encuentra realizando labores, serán solidariamente responsables

3.2.3.5. Mujer embarazada en empresa de servicios temporales

La Corte Constitucional en numerosas ocasiones, ha reconocido el carácter laboral de la relación jurídica entre el trabajador y la empresa de servicios temporales, precisando que, “subsiste mientras la empresa usuaria requiera de los servicios del trabajador o haya finalizado la obra para el cual fue contratado”. Así mismo, ha señalado que cuando el usuario necesite de la contratación permanente del servicio de los trabajadores en misión, debe acudir a una forma distinta de contratación.

Esta Sala considera que, atendiendo a la modalidad contractual empleada por EST para vincular a sus trabajadoras y en atención a los casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con una EST (artículo 6 del decreto 4369 de 2006), para estos casos de no renovación del contrato de una mujer embarazada o lactante que se encontraba prestando sus servicios a una usuaria, deberán aplicarse las reglas propuestas para los contratos a término fijo o para los contratos por obra o labor, dependiendo de la modalidad contractual empleada por la EST.

Tanto en los supuestos de cooperativas de trabajo asociado, como en los de empresas de servicios temporales, se entenderá que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos conociera de éste (i) la cooperativa de trabajo asociado, (ii) la empresa de servicios temporales, o (iii) el tercero o empresa usuaria con el cual contrataron. Igualmente, deberá preverse que el reintegro procederá ante el tercero contratante o la empresa usuaria, y que en todo caso el lugar de reintegro podrá cambiar y ordenarse según el caso a la empresa usuaria o la cooperativa o EST, de resultar imposibilitada una u otra para garantizarlo.

3.2.3.6. Mujer embarazada en contrato de prestación de servicios

En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales se puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.

Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

3.2.3.7. Mujer embarazada en provisionalidad que ocupa cargo de carrera-Reglas de aplicación

Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtir el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

3.2.3.8. Mujer embarazada en cargo de libre nombramiento y remoción-Reglas de aplicación

Cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción hay que distinguir dos hipótesis: (i) si el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, (ii) si el empleador no tuvo conocimiento, se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

3.2.3.9. Mujer embarazada en carrera administrativa de entidad en liquidación- Supuestos y reglas de aplicación

Cuando se trata del cargo de una trabajadora de carrera administrativa que es suprimido por cuenta de la liquidación de una entidad pública o por necesidades del servicio, se configuran las siguientes hipótesis: (i) en el caso de la liquidación de una entidad pública, si se crea con posterioridad una entidad destinada a desarrollar los mismos fines que la entidad liquidada, o se establece una planta de personal transitoria, producto de la liquidación, habría lugar al reintegro en un cargo igual o equivalente y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; (ii) si no se crea una entidad con mismos fines o una planta de personal transitoria, o si el cargo se suprimió por necesidades del servicio, se deberá ordenar el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

En efecto, los demandados asumieron, en general, que no es posible establecer a su cargo la obligación de garantizar la permanencia de la trabajadora, si ella no le informa que está embarazada, antes de que se configure la desvinculación. Igualmente, agregaron los empleadores en varios casos, que debe haber una notificación efectiva, de modo que no cualquier medio resulta válido para poner esta situación en su conocimiento. En varias ocasiones los demandados alegaron la ineficacia de la comunicación, pues ésta se hizo por interpuesta persona o se hizo justamente en el momento en el que el empleador notificó la terminación del vínculo laboral, o inmediatamente después de esta notificación; o se hizo según algunas demandantes, de manera verbal, pero el empleador lo niega.

3.3. Análisis jurisprudencial de la corte suprema de justicia

3.3.1. Antecedente frente al término como forma de culminación

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 25 de septiembre de 2003 radicado 20776, se pronunció frente al tema del vencimiento del término estipulado para el contrato laboral como una causal de culminación de la relación laboral distinta al despido, afirmando que:

Aun cuando para la Corte resulta clara la especial protección que la legislación laboral pretende brindar a la maternidad; también se precisa que ello es posible, como lo trata de establecer la normatividad, en los casos de terminación unilateral del contrato por parte del empleador; por tal razón, puntualizando las anteriores consideraciones al caso en mención, se evidencia que aun cuando la trabajadora no incurrió en ninguna de las faltas contenidas en los artículos 62 y 63 del

Código Sustantivo del Trabajo y su desvinculación se produjo dentro del período de gestación sin obrar permiso para ello.

Dicho rompimiento del vínculo laboral no se equipara a un despido, puesto que éste solo obedece a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual en el *sub júdice* no ocurre, por cuanto como lo dejó establecido el Tribunal y está aceptado por la recurrente, el vínculo laboral feneció no por una decisión unilateral del empleador o justa causa de terminación, sino por uno de los modos legales de expiración previstos por el legislador, como lo es el cumplimiento del plazo pactado en los contratos a término fijo (con las prórrogas en que se incurrió); lo anterior significa, que el fenecimiento del vínculo laboral no se dio por razón o con motivo del embarazo, pues las condiciones en que se desarrollaría el contrato a término definido estaban dadas, conocidas y aceptadas, desde el momento de su celebración, por acto de voluntad de las partes.

Ahora bien, en esta sentencia se puede observar cómo tajantemente niega la Corte Suprema la posibilidad de que prevalezca el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo sobre el tipo de contratación, toda vez que pone en alto su consideración de que la simple expiración del término pactado no puede servir de base para decir que hubo un despido injusto, pues dicho vencimiento es una causal legal de terminación muy diferente a aquel donde simplemente hay una manifestación unilateral de voluntad por parte del empleador.

3.3.1.1. Reiteración en cuanto al vencimiento como forma de terminación válida

En sentencia de casación del 20 de abril de 2005 radicado 24357 la Corte Suprema, sala de casación laboral, expresó que se “ha construido la tesis de los modos legales de terminación del contrato, concepto donde cabe la expiración del plazo pactado o del plazo presuntivo, consistentes precisamente en modalidades de terminación del contrato que no constituyen, en estricto sentido, ni justa ni injusta causa, sino que obedecen a razones completamente ajenas a esas categorías, cuya ocurrencia por lo mismo no depende de la conducta que desplieguen los contratantes durante la ejecución de la relación o de la sola voluntad de una de ellas, sobre todo de la empleadora, sino que han sido acordadas previamente por las partes o en cierta forma impuestas de antemano por la ley o son resultado de mezclar estos dos elementos”.

Esta sentencia mantiene una posición similar a la de la primera providencia, considerando que no puede pensarse en la expiración del plazo como justa o injusta causa, siendo así que no podría decirse que prevalece el fuero de maternidad sobre los contratos temporales, ya que en estricto sentido no se está despidiendo a la trabajadora, pues la terminación del contrato por haber expirado el término del mismo, es un evento muy diferente al del despido, donde sin haber terminado el tiempo de duración del contrato, se cancela abruptamente el mismo, por parte del empleador.

3.3.1.2. Reiteración. Vencimiento del contrato en el sector público

Mediante la sentencia de casación del 10 de mayo de 2005 radicado 24636, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en su sala laboral, trató el tema del vencimiento y el despido sin justa causa en el marco de la contratación del sector público, y manifestó que:

A diferencia de los contratos por tiempo indefinido, en los de a término fijo el acuerdo extintivo se concibe desde el mismo instante en que los contratantes han consolidado el acuerdo de voluntades, que libre de vicios en el consentimiento convienen las condiciones de su vinculación, fijando en forma clara e inequívoca el término de duración del vínculo contractual y por consiguiente, esa manifestación inicial de voluntad surte efectos a partir de cuándo se hace constar por escrito y se estipula en forma clara el extremo temporal, sin que para su cumplimiento se requiera del preaviso que reclama la censura, porque así no se exige en la legislación propia del trabajador oficial.

En efecto, aquella normatividad no consagró la obligación de las partes de avisar por escrito a la otra su determinación de no prorrogar o finiquitar el contrato a término fijo, y menos con alguna específica antelación, como si sucede en el sector privado, toda vez que el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945, para esta clase de contratos lo que impone es que se deje por escrito el evento de la prórroga, si el querer de las partes no es cancelarlo en el plazo acordado en un comienzo (...) de lo anterior se desprende que resulta inane que alguna de las partes manifieste a la otra, que no tiene la intención de continuar con la vinculación, dado que es el acuerdo mismo plasmado en este específico contrato el que permite su terminación una vez vencido el plazo fijo pactado.

A renglón seguido, la Sala, suma a las consideraciones hechas sobre el preaviso en los trabajadores oficiales, la diferencia entre la terminación unilateral del contrato y el vencimiento del mismo por la llegada de la fecha pactada, así expresó que “de acuerdo a la regulación sobre la terminación de los contratos de los trabajadores oficiales, la expiración del plazo pactado no

constituye terminación por decisión unilateral de una de las partes, con o sin justa causa, sino una modalidad o forma de cancelación de un vínculo contractual, conforme al literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945”.

Agrega también la Corte, frente al tema de la protección a la mujer en estado de gravidez que “sin dejar de desconocer la especial protección que nuestra legislación le brinda a esta clase de trabajadoras, a la Sala no le es dable equiparar el rompimiento del contrato de trabajo a término fijo por expiración del plazo, al de un despido injusto, por la potísima razón, de que como se dijo su finalización obedeció a un modo legal, como lo es el cumplimiento del plazo pactado”.

3.3.1.3. Reiteración. Tema del fuero de maternidad

El fuero de maternidad hace referencia a la protección especial que la ley laboral ofrece a la mujer trabajadora que se encuentra en estado de embarazo o en periodo de lactancia, de suerte que no se puede despedir durante ese tiempo, sin la previa autorización del inspector de trabajo. Para despedir a la mujer embarazada o en periodo de lactancia, el artículo 240 del mismo Código expresa que, para que el empleador despida a una mujer gestante o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario, esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación.

En sentencia de casación de la Sala Laboral, del 27 de abril 2010, radicado 38190, reiteró la Corte Suprema, Sala Laboral su tesis frente a la expiración del plazo convenido y, frente al fuero de maternidad, manifestó que “no sobra acotar, que la circunstancia del embarazo o maternidad, no modifica ni hace variar las condiciones concertadas por las partes en un contrato de trabajo por tiempo determinado, pues además de fijar a voluntad el término de duración, los contratantes aceptan desde su celebración lo estipulado para su ejecución y se someten a la normatividad que gobierna este tipo de vínculos”.

Así las cosas, si bien no se puede despedir a la trabajadora en estado de embarazo, no se puede obligar tampoco al empleador a que renueve el contrato que expiró, solo por el hecho de que la contraparte se encuentre en estado de gravidez o en período de lactancia. Prima así el acuerdo de voluntades en el tiempo de duración estipulado, frente a lo que se ha denominado como fuero de maternidad y se mantiene una clara división entre los conceptos de despido y terminación del contrato por vencimiento del tiempo pactado.

3.3.1.4. Reiteración. Prevalencia del acuerdo de voluntades

Mediante sentencia de casación de la Sala Laboral, del 8 de febrero de 2011 radicado 37502, la corporación se refirió nuevamente a la diferencia conceptual que existe –según la Corte- entre el despido y el avenimiento del vencimiento del contrato; de tal modo, aseguró que “no es posible desconocer que las partes, de antemano, sabían que el acuerdo celebrado tenía una fecha de vencimiento (...), no podría entonces predicarse que existió un despido injusto, sino

que, simplemente, en atención al vencimiento del plazo, la demandada decidió no renovarlo, situación que en modo alguno podría desconocerse, ni menos reprocharse”.

Sumado a lo expresado anteriormente, resalta la Sala que “aun cuando las mujeres en estado de embarazo, o en periodo de lactancia, merecen especial protección del Estado, y que en muchas oportunidades los empleadores, motivados por su situación, desconocen abruptamente sus derechos, lo cierto es que tal razón no puede servir de argumento para desdibujar la figura del contrato a término fijo, cuando, como en este caso, las partes conocían de antemano tal circunstancia y la aceptaron con las consecuencias que ello acarreaba”.

4. CONCLUSIONES

Con base en el análisis de los resultados obtenidos en la aplicación del proceso sistemático y de investigación de campo, es importante establecer un proceso de comparación e interpretación teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico colombiano en materia del caso que concierne al trabajo y con ello ha permitido llegar a las siguientes conclusiones

➤ Para ello, es necesario volver y detenerse en un poco en ciertas normatividades de la legislación Colombiana, hago referencia al Código Sustantivo del Trabajo, quien es garante y proteccionista de los derechos fundamentales de la mujer en estado de gravidez, establece una amparo especial para ella en su Capítulo V Artículo 239 (modificado por el Artículo 2 Ley 1468 de 2011, ya que determina la prohibición de despedir a la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia.

➤ De igual manera, el Artículo 239. Hace referencia de la prohibición de despido: Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

En el caso de la mujer trabajadora, además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

Pese a la anterior prohibición, el Artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la posibilidad que tiene el empleador de solicitar la autorización del despido de una trabajadora en estado de embarazo y durante los tres (3) meses posteriores al parto, ante el Inspector de trabajo, previo seguimiento de unos formalismos e instancias procesales administrativas, donde se respete el debido proceso y el derecho a la defensa para la mujer.

➤ Se concluye además, teniendo en cuenta el Artículo 240 del C.S del T., que el empleador debe solicitar permiso para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del inspector de trabajo, o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumera en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

Cuando sea un alcalde municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el inspector del trabajo residente en el lugar

más cercano. En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo anterior, para dar por finalizado el contrato de trabajo a una trabajadora con fuero de maternidad, el empleador deberá solicitar la autorización al Inspector de Trabajo, invocando alguna de las justas causas contempladas en el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo debido que el despido sin el cumplimiento de los requisitos expuestos, no produce ningún efecto jurídico como lo señala el Artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual significa que la relación laboral se mantiene, la trabajadora sigue bajo los mandatos y preceptos del empleador, aun cuando éste no utilice sus servicios y la trabajadora no concurra al desempeñar sus labores, teniendo ésta última derecho a que le sean cancelados los salarios y las prestaciones sociales de Ley, pudiendo recurrir para su cobro ante la justicia ordinaria.

➤ Con base a lo expresado anteriormente, y teniendo en cuenta la información recolectada en el estudio de campo, se puede demostrar que la normatividad con relación al fuero de maternidad o la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, en muchos casos, queda en simple letra muerta, debido a que se genera en determinados momentos violaciones e incumplimiento de ella, a pesar de que en Colombia, el tema de la protección laboral a la mujer en estado de embarazo, tiene arraigo constitucional en los artículos 43 y 53 de la Carta Política, los cuales consagran la prohibición de someter a la mujer a cualquier clase de discriminación y la

protección especial que debe brindar el Estado a la maternidad y la lactancia. Además en una serie de sentencias, que a pesar de todo ello, no tiene un fiel cumplimiento.

➤ Por otro lado, se puede concluir que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho absoluto, pues existen mecanismos que proceden a estudiar la posibilidad de la terminación del contrato en caso del abuso o sobre paso de las normas y obligaciones contractuales.

➤ Además, es importante considerar que los jueces de tutela deben realizar un estudio minucioso, detallado y responsable en el instante de pronunciarse a través de sus fallos, en materia de estabilidad laboral reforzada.

➤ De igual manera, se concluye que para dar por terminado un contrato de trabajo con justa causa, se debe seguir lo establecido por el Artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo es una norma y procedimiento administrativo aplicable dentro del ordenamiento jurídico Nacional. Por lo tanto, el problema de la protección a la estabilidad laboral reforzada, no es un problema normativo sino de interpretación. Pues ha sido la Corte Constitucional, quien ha elevado la protección a tal punto que ha dejado al empleador sin opciones cuando se le presentan estos casos.

➤ Con base en el análisis de las posturas entre el Tribunal Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, se observa un fuerte choque en lo referente al tema del fuero de maternidad o estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo y su prevalencia frente a los contratos a término definido.

➤ La Corte Constitucional, haciendo uso de una carga argumentativa basada en la constitución y los tratados internacionales, ha ido aumentando las fronteras de aplicación del fuero de maternidad, hasta el punto de contrariar la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema y afirmar que la terminación del contrato por el simple avenimiento de la fecha pactada no es causal inmediata para la desvinculación de la trabajadora en estado de embarazo, de modo que ha afirmado que en ese evento y, si se cumplen ciertas causales establecidas, se le debe renovar el contrato con el fin de no desconocer su derecho a la estabilidad reforzada.

➤ En último, la Corte Constitucional, con un fuerte afán proteccionista de los derechos de la mujer en estado de gravidez y del ser que está por nacer, ha creado una jurisprudencia donde se desvanecen las diferencias entre despido y terminación del contrato por vencimiento del término, pues según el Tribunal Constitucional, ambas figuras atentan contra el derecho a la protección laboral reforzada. Así las cosas, puede decirse que la Corte ha legislado en el tema del fuero de maternidad, toda vez que lo que se prohíbe por la norma es el despido, pero la Corte ha intervenido y ha sumado a éste la desvinculación por finalización del tiempo acordado. Lo anterior, ha sido una construcción no uniforme de la Corte, construcción que alcanzó su punto clave en la sentencia de unificación SU-070 de 2012, por medio de la cual se sentó de manera definitiva la postura de la Corte Constitucional en todos los temas relacionados con el fuero de maternidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2005). Metodología de la investigación. México: Editorial McGraw-Hill Interamericana.

Hernández Sampieri, R, Fernández Collado, C & Baptista Lucio, P (2010). Metodología de la investigación. México: McGraw Hill

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de Diciembre de 1948, Pág. 2.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 30/180, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 3 de Septiembre de 1981, Pág. 25

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1998). Protección de la Maternidad en el Trabajo, Pág. 8.

Ortiz, I. (2009). Lecciones Básicas Sobre Derecho Internacional Laboral y de la Seguridad Social, Editorial Universidad Nacional de Colombia.

Pérez A. (1998). Los derechos fundamentales. 3ª edición. Madrid, Tecnos.

Ramírez E. (2001). “La Investigación Socio-jurídica”. Bogotá. Edit. Doctrina y Ley.

Revista CES DERECHO ISSN 2145-7719 Volumen 5 Número 1 Enero-Junio 2014. Pág:106-119

Normas

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA 1991. Bogotá: Temis, 2013

Ley 361 de 1997, Sentencia C-470 de 1997

Código sustantivo del trabajo, art 405 En Sentencia No. C-022/96

Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Entrada en vigor: 13 junio 1921) Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 noviembre 1919) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).

Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952 (Entrada en vigor: 07 febrero 2002) Adopción: Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos)

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-707 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-070 de 2013. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-479 de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Lalinde.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-527 de 1992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-832 de 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-872 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1003 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Artículo 5º constitucional reconociendo a la familia como la institución básica de la sociedad.

Artículo 13 constitucional estipula que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

Artículo 43 Constitución Política de Colombia

Artículo 34 de la ley 50 de 1990 modificadorio del artículo 236 del código sustantivo del trabajo.

Artículo 116 de la ley 1098 de 2006

Artículo 166 de la ley 100 de 1993

Decreto 2663 de 1950, artículo 237

El código sustantivo del trabajo (Decreto 2663 de 1950) artículo 238

El código sustantivo del trabajo artículos 239, 240 y 241

El código sustantivo del trabajo artículo 242

El código sustantivo del trabajo artículo 108 del código en sus numerales 13 y 14

Ley 1257 de 2008

Artículo 239. Prohibición de despido C.S.T

Numeral uno (1) Artículo 239 CST.

Artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo

Artículo 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo

Artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965.